



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

VICTOR BRUNO ROCHA ARAUJO

A estrutura de incentivos da fase de conhecimento do processo  
trabalhista revelada pela análise econômica do direito

Brasília  
2019

VICTOR BRUNO ROCHA ARAUJO

A estrutura de incentivos da fase de conhecimento do processo  
trabalhista revelada pela análise econômica do direito

Dissertação apresentada ao programa  
de Pós-Graduação Stricto Sensu em  
Direito do UniCEUB, como requisito  
parcial para obtenção do título de  
mestre.

Orientador: Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico  
Júnior, Ph.D.

Brasília  
2019

VICTOR BRUNO ROCHA ARAUJO

A estrutura de incentivos da fase de conhecimento do processo  
trabalhista revelada pela análise econômica do direito

Dissertação apresentada ao programa  
de Pós-Graduação Stricto Sensu em  
Direito do UniCEUB, como requisito  
parcial para obtenção do título de  
mestre.

Brasília, 11 de junho de 2019.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Ivo Teixeira Gico Júnior, Ph.D.

---

Profa. Dra. Alice Rocha da Silva

---

Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto

## AGRADECIMENTOS

*Agradeço:*

*Ao professor Ivo Teixeira Gico Júnior cuja visão de mundo me mostrou que existiam alternativas e me guiou à coerência.*

*Aos colegas de estudos e debates, impossíveis de serem todos nominados, por todos os apontamentos, críticas e discussões que tanto contribuíram para construção das ideias e conclusões expostas neste trabalho.*

*Aos familiares, em especial à Genilva Rocha, Edviges Araújo e Simplício Araújo, que sempre se fizeram presentes.*

*À minha amada esposa Wanessa Araujo, cuja presença sempre se revelou como meu suporte, abrigo e refrigerio.*

*Essa teoria, baseada em como as pessoas reagem a incentivos,  
suplanta a intuição da mesma maneira como a  
ciência suplanta o bom senso.  
(COOTER, 2010, p.25)*

## RESUMO

Esta dissertação investiga a estrutura de incentivos existente na fase de conhecimento do processo trabalhista, valendo-se das ferramentas e teorias construídas e disponibilizadas pela análise econômica do direito. Atualmente não são conhecidos trabalhos desta natureza, que abordem todo o tema elencado, também não existindo clareza quanto às exatas consequências de cada decisão do judiciário e nem de cada escolha pública expressa na legislação brasileira. Considerando agentes processuais capazes e racionais, tem-se, por conclusão, que o processo trabalhista gera desperdícios para as partes e para a sociedade, assim como incentiva a litigância. Constata-se, ainda, que estas duas características podem ser sanadas com mudanças no comportamento dos magistrados e alterações pontuais na legislação.

Palavras-chave: Análise econômica do direito. Processo trabalhista. Fase de conhecimento.

## ABSTRACT

This dissertation investigates the existing incentive structure in the discovery phase of the labor process, using the tools and theories constructed by the Law and Economics. At present, there are no known works of this nature that address the entire theme listed, also lacking clarity as to the exact consequences of each decision of the judiciary and of each public choice expressed in Brazilian legislation. Considering rational and capable procedural agents, it is concluded that the labor process creates waste for the parties and for society, as well as encourages litigation. It is also observed that these two characteristics can be solved with changes in the behavior of magistrates and in the legislation.

Keywords: Law and Economics. Labor process. Discovery phase

## LISTA DE ABREVIATURAS

AED – Análise Econômica do Direito

CC – Código Civil

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CP – Custas processuais

CSJT – Conselho Superior da Justiça do Trabalho

HA – Honorários assistenciais

HC – Honorários contratuais

HP – Honorários periciais

HS – Honorários de sucumbência

IN – Instruções normativas

OJ – Orientação jurisprudencial

RT – Reforma trabalhista

SDI – Seção de dissídios individuais

TST – Tribunal Superior do Trabalho



## LISTA DE QUADROS, FIGURAS, GRÁFICOS E TABELAS

### GRÁFICOS

Gráfico 1 – Comparação do número de transações judiciais efetuadas nos TJs e nos TRTs

Gráfico 2 – Quantidade de novas ações por ano no TRT da 10a. Região

Gráfico 3 – Quantidade de novas ações por mês no TRT da 10a. Região

Gráfico 4 – Comparativo entre número de ações e número de acordos

Gráfico 5 – Total de sentenças por magistrado

### FIGURAS

Figura 1 – Árvore de decisões

Figura 2 – Comportamento esperado em transações

Figura 3 – Resumo de relações

### TABELAS

Tabela 1 – Comparativo quanto ao uso do *jus postulandi*

Tabela 2 – Comparativo quanto aos honorários de sucumbência/assistenciais eventualmente devidos pelo empregado

Tabela 3 – Comparativo quanto aos honorários periciais eventualmente devidos pelo empregado

Tabela 4 – Comparativo geral quanto aos honorários de sucumbência e assistenciais

Tabela 5 – Comparativo geral quanto aos honorários contratuais

Tabela 6 – Comparativo geral quanto aos custos no julgamento

Tabela 7 – Comparativo geral quanto aos custos na transação judicial

Tabela 8 – Resumo de influência sobre o comportamento dos litigantes

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 O INÍCIO DO LITÍGIO .....	14
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS .....	14
1.2 ANÁLISE DA NORMA APLICÁVEL .....	22
1.3 ESTRUTURA DE INCENTIVOS .....	28
1.3.1 Benefício esperado .....	30
1.3.2 Custos da demanda .....	33
1.3.2.1 Honorários de sucumbência/assistenciais.....	33
1.3.2.2 Honorários contratuais .....	36
1.3.2.3 Honorários de peritos.....	39
1.3.2.4 Custas processuais e demais despesas sucumbenciais.....	42
1.3.3 Incentivos a litigância.....	44
1.3.4 Bem público e externalidades.....	48
1.4 OS EFEITOS DA REFORMA TRABALHISTA .....	50
2 A PRODUÇÃO DE PROVAS .....	55
2.1 ANÁLISE DA NORMA APLICÁVEL .....	55
2.2 ESTRUTURA DE INCENTIVOS .....	63
2.2.1 Visão geral .....	63
2.2.2 O ônus da prova.....	68
2.2.2.1 Distribuição dinâmica do ônus probatório .....	68
2.2.2.2 Casos de inversão do ônus da prova .....	69
2.2.2.2.1 Controle de jornada.....	70
2.2.2.2.2 Dispensa discriminatória .....	72
2.2.2.2.3 Acidente de trabalho.....	74
2.2.2.3 Incentivos à ocultação/falsificação .....	75
2.3 OS CUSTOS DAS PROVAS .....	77
2.3.1 Limitação dos custos sociais.....	77

2.4	OS RECURSOS .....	80
2.5	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	83
3	O TÉRMINO DO LITÍGIO.....	84
3.1	ANÁLISE DA NORMA APLICÁVEL .....	84
3.2	ESTRUTURA DE INCENTIVOS DOS MAGISTRADOS .....	87
3.3	TÉRMINO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO.....	92
3.3.1	Vício processual .....	93
3.3.2	Ato de desistência.....	95
3.4	TÉRMINO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.....	97
3.4.1	Custos esperados.....	97
3.4.2	Término com transação .....	102
3.4.2.1	<i>Custos vinculados à transação .....</i>	102
3.4.2.2	<i>Estrutura de incentivos.....</i>	105
3.4.2.3	<i>Transações socialmente indesejáveis .....</i>	107
3.5	CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	109
	CONCLUSÃO.....	111
	REFERÊNCIAS .....	116

## INTRODUÇÃO

O Direito Processual do Trabalho é ramo do direito horizontalmente relacionado com o direito material do trabalho e verticalmente subordinado à Teoria Geral do Processo, pelo que compartilha com estes os mesmos princípios gerais. Sobre estes princípios é possível citar a proteção do empregado, a busca pela justiça e a concessão de amplo acesso ao judiciário, todavia nenhum destes pode ser alcançado de forma irrestrita e um dos principais motivos disto é que os recursos disponíveis para tal são escassos.

Esta escassez é tema central nos estudos de economia; entretanto, a distância atualmente existente entre o direito e essa disciplina tornam a comunicação entre seus estudos e conclusões lenta e, muitas vezes, contraditória. Hoje, o direito brasileiro não se encontra equipado o suficiente para permitir que todos os seus operadores consigam usar os recursos disponíveis, da melhor forma possível, para alcançar os valores elencados, sendo presumível que existem desperdícios na estrutura normativa existente e, portanto, melhores formas de constituí-la.

É neste contexto que a Análise Econômica do Direito (AED) se coloca como pertinente, eis que introduz uma metodologia que contribui para a compreensão de fenômenos sociais e auxilia na tomada racional de decisões jurídicas (GICO JR., 2010, p. 16). Até a presente data tem-se que quase não existem trabalhos que apurem os impactos das normas laborais (sua estrutura de incentivos) sobre os agentes do processo trabalhista, pelo que se anseia por suprir esta lacuna e apresentar resposta a uma pergunta: valendo-se da análise econômica do direito, qual a estrutura de incentivos criada pelo processo trabalhista brasileiro?

Para responder a esta pergunta serão utilizados alguns dos estudos desenvolvidos pela AED nos últimos 70 anos, os quais tinham, como proposta básica, construir uma teoria para analisar e prever o modo como os indivíduos reagem a incentivos. Perceba que este objeto de estudo é historicamente ignorado pelos juristas, os quais são habitualmente treinados em técnicas hermenêuticas e dogmáticas e imersos em conceitos que levam a crer que a subjetividade e contradição correspondem a aspectos essenciais ao direito.

Assim, a AED analisa a realidade, com todos os seus incentivos, sistematiza tal conhecimento, identifica as variáveis e situações existentes e, relacionando esses elementos, propõe modelos teóricos hábeis a explicar a realidade. Sendo bem formulados, estes modelos podem prever o futuro e propor alternativas mais eficazes e eficientes, diante da escolha pública

apresentada. Mackaay define este esforço como um retorno à razão de ser das instituições jurídicas, por meio da qual se postula que estas possuem racionalidade subjacente uniforme em tempo que propõe ferramentas conceituais para atualizá-las (MACKAAY, 2000, p. 7).

Com a aplicação da AED no direito processual trabalhista brasileiro, espera-se por identificar causalidades e prever comportamentos, contribuindo para uma maior objetividade quando da apreciação de litígios e com aplicações úteis tanto aos litigantes como aos agentes operadores do direito. Acredito que uma real e ampla visualização dos incentivos presentes em toda estrutura processual trabalhista é o primeiro passo para identificação das contradições e desperdícios do sistema, assim como para correta previsão das consequências de qualquer mudança nele inserida.

Por exemplo, ao se apreciar as transações judiciais, será analisado se o amplo e irrestrito incentivo à sua realização corresponde a melhor opção para se reduzir custos e beneficiar a sociedade como um todo, assim como, ao abordar o benefício da justiça gratuita e a condenação em honorários de sucumbência, será tratado quais as suas influências sobre a quantidade de demandas e os objetos discutidos em cada uma delas.

Em resumo, a resposta ao problema apresentado mostrará como os indivíduos reagem aos incentivos que lhe foram postos pela normativa trabalhista, permitindo prever tendências, identificar as relações existentes entre as normas e destacar como o processo do trabalho poderia ser mais eficiente.

Será aplicada a teoria juseconômica à fase de conhecimento do processo trabalhista individual, fazendo-o por meio de uma análise tripartite, qual seja, início do litígio, instrução probatória e término do litígio. Assim, tem-se que o primeiro capítulo constrói uma teoria geral capaz de explicar porque as partes litigam, ao que se segue o segundo capítulo, o qual analisa os incentivos relacionados com o sistema probatório da justiça trabalhista, para, no terceiro capítulo, concluir-se com a demonstração de como essas duas primeiras etapas findam por fundamentar o modo como as demandas podem ser resolvidas. Nos três capítulos parte-se da exposição da norma aplicável ao tema para, a seguir, apreciar os custos, benefícios e incentivos por esta gerados. Destaque-se ainda que, em cada uma destas etapas, ampliar-se-á um pouco o foco do estudo o qual, no primeiro capítulo recai sobre o autor, no segundo inclui o réu e, no terceiro, aborda, também, o julgador.

As conclusões constatadas tentam não apresentar juízo de valor, mas apenas descrever a realidade decorrente da escolha pública e do comportamento das partes integrantes do processo, oportunamente apresentando as alternativas disponíveis mais eficientes, as quais serão qualificadas em mudanças possíveis de implementar dentro do padrão normativo já existente, e mudanças que exigem alterações legislativas.

Por fim, cumpre apontar que acredito que a subjetividade e a imprevisibilidade não correspondem ao cerne do direito, razão pela qual foi exercido um constante esforço para se focar justamente nos aspectos objetivos e previsíveis das relações entre os indivíduos e as normas, sobretudo na constatação de que o processo trabalhista observa padrões típicos de mercado, segundo o qual partes diversas anseiam por um serviço, qual seja, o ato de coação sobre a vontade alheia, arcando com custos para sua obtenção<sup>1</sup>, serviço este que, via de regra, apenas é fornecido pelo Estado.

---

<sup>1</sup> Em momento oportuno será demonstrado que as partes não arcam com a totalidade destes custos e que isso altera a forma com que litigam.

## **CAPÍTULO 1 - O INÍCIO DO LITÍGIO**

Saber os motivos que levam as partes a darem início e seguirem com um litígio trabalhista corresponde ao primeiro passo para compreensão do presente trabalho e, uma vez que o direito trabalhista brasileiro é repleto de peculiaridades, tem-se que esta análise deve ser construída desde seus conceitos mais basilares, ou seja, pelo estudo da teoria geral aplicável ao tema.

### **1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Aplicar a AED ao processo trabalhista corresponde a se valer do instrumental analítico e empírico da economia para analisar as implicações das normas laborais sobre o comportamento dos agentes que atuam no judiciário trabalhista. Ao fazer menção à economia refiro-me àquilo que Lionel Robbins definiu como “a ciência que estuda o comportamento humano com uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos” (ROBBINS, 1945, p. 15).

A interdisciplinaridade exigida para este estudo, de normas e comportamentos, apresenta o desafio de se compreender e usar conceitos e terminologias próprias tanto do direito como da economia, e, cujos usos comuns, podem mutuamente se contradizerem. Por isso, a clara delimitação de conceitos e posicionamentos doutrinários mostra-se como ponto de partida indispensável.

O uso da economia, aqui proposto, parte da noção de que os seres humanos se valem de suas capacidades e preferências para fazerem escolhas. Ocorre que a diversidade humana é tão ampla, que representa um obstáculo a ser inicialmente já superado. Explico, pessoas diferentes podem apresentar capacidades e preferências igualmente distintas. Como, então, construir um estudo coerente quando seu objeto e aplicação é tão diversificado? Para isso, a AED se vale da construção de “modelos científicos”, que nada mais são do que simplificações da realidade destinadas ao estudo. Tal como uma pintura pode representar um objeto ou um mapa pode representar um lugar, um modelo pode representar uma realidade, focando-se nas variáveis que foram estabelecidas como pertinentes.

Visando aplicações mais amplas, o analista construirá modelos reduzindo o número de variáveis ao mínimo necessário, ao mesmo tempo em que se valerá de pressupostos mais abrangentes. Neste trabalho alguns pressupostos serão mais comumente usados, tais como, que os agentes processuais são neutros ao risco (ou seja, não possuem aversão ou predisposição a este), são civilmente capazes (nos termos da legislação civil<sup>2</sup>), estão defendendo interesses próprios (a representação será apreciada quando da análise dos honorários contratuais) e agem de forma racional, com base nas informações disponíveis e dentro das possíveis limitações cognoscíveis particulares.

Percebe-se que o último dos pressupostos apresentados é de que os agentes processuais agem de forma racional, pelo que se emprega o termo em sua conotação técnica, cuja definição se apresenta em múltiplas facetas. Para os fins aqui propostos refiro-me ao fato de que os indivíduos escolhem conforme suas preferências, pelas quais ordenam suas opções conforme a “satisfação” que concedem a cada uma delas. A esta “satisfação” pessoal chamarei de “utilidade”, de modo que é possível afirmar que os indivíduos são agentes racionais maximizadores de utilidade.

É oportuno esclarecer que não se está a advogar que os seres humanos vivem em constante “estado analítico”, sempre ponderando sobre a utilidade de cada alternativa. Podem existir “limitações racionais” (*bounded rationality*), sobre as quais Herbert A. Simon construiu farta pesquisa (1957, 1959, 1978, 1983), para a qual interessante complemento é apresentado pela Teoria de Heiner<sup>3</sup>, a qual destaca os pontos “irracionais” deste comportamento racional, baseado, entre outros fatores, em experiências pessoais e estereótipos construídos. No fim, estes

---

<sup>2</sup> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

<sup>3</sup> Sobre como a “Teoria de Heiner” pode complementar a “escolha racional” ver também Tversky e Kahneman (1986).



estudos, ainda em ampla expansão, parecem apenas demonstrar que até as limitações da racionalidade humana seguem um padrão que pode ser analisado, catalogado e, eventualmente, estabelecido como presumível.

Neste ponto, e com ressalvas, concordo com Simon quanto ao fato de o ser humano nem sempre agir fundado em escolhas racionalmente construídas (SIMON, 1955, p. 104), e é aqui, repito, que os estudos sobre a teoria comportamental têm apresentado luzes significativas, esclarecendo quando e como esta racionalidade geral é ignorada. Em todo caso, apesar de nem sempre serem racionais, a hipótese advogada é que os agentes processuais se comportam como se o fossem e pautam seus planejamentos sobre esta assertiva.

Tal racionalidade observa a estrutura de incentivos que é proposta ao agente, o qual opta pela conduta que se lhe mostrará mais vantajosa, e faz isso após a apreciação dos custos e benefícios identificados em dado momento. Esta apreciação pode ocorrer de forma intencional ou intuitiva. No processo trabalhista os “benefícios” se referem ao que se pretende ganhar com a demanda e os “custos” ao que se espera perder, a diferença entre estes corresponde ao “retorno esperado”.

Cada etapa do processo pode mudar os benefícios e custos envolvidos, mudando, também, a estrutura de incentivos dos agentes e, conseqüentemente, a sua conduta. Esta mudança se dá por diversos motivos, os quais serão apresentados ao longo de todo este trabalho, podendo-se exemplificar com a redução da “assimetria de informação” inicialmente existente. Ou seja, ao optar por dar início a um litígio um empregado considerou que suas chances de ganho eram altas com base na informação que dispunha no momento; após apresentação da contestação a informação pode ser alterada, tornando-se menos díspar entre as partes, pelo que a chance de ganho pode ser revista.

A AED aplicada ao processo trabalhista, necessariamente, observa indivíduos em estado de conflito, eis que, sem conflito não há demanda e sem demanda não há que se falar em processo trabalhista. Por isso, também se faz oportuno aplicar a esta análise a Teoria dos Jogos, a qual versa sobre as interações estratégicas efetivadas entre seres humanos (jogadores) em determinada situação (jogo). Essas interações observam o comportamento mútuo e as múltiplas opções disponíveis para cada jogador (estratégias de jogos)<sup>4</sup>. Ao tratar destas múltiplas opções, o analista pode se valer de uma exposição em forma estratégica ou em forma extensiva. A

---

<sup>4</sup> Sobre o tema sugiro os trabalhos de Robert Axelrod, dos quais cito “The evolution of cooperation” (1984).

primeira é usada para jogos estáticos, ou seja, os jogadores tomam suas decisões simultaneamente, o que pode ser facilmente representado por uma tabela (a “matriz de resultados”) expondo as várias alternativas disponíveis. A segunda forma é aplicada para jogos com várias e sucessivas fases e é usualmente representada por um gráfico com múltiplas ramificações, as quais levam a novas ramificações (a “árvore de jogo” ou “árvore de decisões”). Considerando que o processo é uma sucessão de etapas, tem-se que este trabalho fará constantes menções a essas várias “fases”, cujo ponto decisor será chamado de “nó decisional”.

Voltando-se para o processo trabalhista, foi dito que este está relacionado com o direito material do trabalho. O fato de um mesmo compêndio normativo (a CLT) regular tanto o direito material como o direito processual é um indicativo da relação, mas este indicativo poderia apenas representar uma correlação sem maiores consequências, todavia o próprio conteúdo da norma enfatiza o vínculo. Ao mesmo tempo em que o direito material do trabalho cria medidas de proteção ao empregado (como a limitação da jornada, a proteção da remuneração e as compensações pela demissão imotivada), o direito processual cria regras que o protegem e lhe facilitam o ato de litigar (como as presunções para recebimento da justiça gratuita, a possibilidade de atuação sem advogado e do exercício de requerimentos de forma verbal).

Essa relação entre o direito material e processual finda por influir sobre a complexidade da relação de emprego, eis que possibilita uma maior ingerência externa sobre os contratantes. Os sindicatos (por meio de negociações coletivas), o Ministério Público do Trabalho (por meio de fiscalização e Inquéritos Cíveis) e a Justiça do Trabalho (por meio de decisões) podem impor regras a serem obedecidas pelo empregador e pelo empregado, as quais não tinham sido por estes ajustadas. Tal ingerência altera o que se perceberia em um mercado livre, no qual as partes poderiam pactuar todos os termos de suas negociações, pelo que se afirma que o direito do trabalho é um mecanismo facilitador para cartelização da força de trabalho. Cartelização esta que seria uma colusão entre indivíduos para evitar a concorrência mútua e regular os preços, induzindo-se uma elevação de salários acima daqueles que naturalmente se formariam em um mercado não regulado. Entender isso facilitará a compreensão dos incentivos gerados para que o empregado opte por litigar, tema da próxima seção, antes da qual ainda é necessário tratar das linhas que unem o que até aqui foi apresentado, ou seja, dos vínculos entre o comportamento, as escolhas e a norma.

Deve estar claro que homens e mulheres agem visando seu melhor interesse pessoal, com base nas informações disponíveis e com as limitações apresentadas. Em decorrência do

convívio em sociedade estes interesses eventualmente colidem e se contrapõem, resultando que, ao menos, uma das partes terá parcela de seus anseios tolhida, o que pode ocorrer de forma voluntária ou de forma imposta. Como exemplo, um indivíduo pode sofrer um acidente e ficar impossibilitado de trabalhar; nesta situação poderá ter que arcar com as despesas de seu sustento pessoal e do seu tratamento médico, todavia, se julgar que seu empregador foi o responsável, poderá assumir o prejuízo para si ou com este litigar em busca da compensação dos danos.

Em uma sociedade sem o direito, o conflito não resolvido voluntariamente o será com o uso da força, todavia, em uma comunidade na qual o Estado impõe óbices à autotutela, ou que seja o detentor do monopólio sobre este uso da força, tem-se que a solução do conflito se dará pela aplicação da norma ao caso concreto. No direito trabalhista brasileiro esta aplicação da norma apenas ocorrerá por comando judicial, decorrente da provocação do Estado por meio do ingresso com uma reclamação trabalhista, em foro competente para tal. No exemplo citado no parágrafo anterior, se o empregado opta por pleitear a compensação, e o empregador se recusa a concedê-la, a decisão final deverá ser concedida por um juiz do trabalho<sup>5</sup>.

A parte que se considera lesada, não satisfazendo seus anseios de forma extrajudicial, pode buscá-los judicialmente. Sobre o tema, autores como Posner (1973) e Landes (1971) argumentaram que isto apenas ocorrerá quando o autor entender que existe saldo positivo da subtração entre os benefícios e os custos decorrentes de um processo judicial. Esclareça-se, desde já, que estes custos e benefícios não se resumem a questões financeiras, mas podem, por meio desta, serem representados.

Como as estimativas de benefícios e custos se referem a eventos futuros, encontram-se sujeitas a erros de apreciação, os quais tendem a ser enfatizados pela ausência de normas claras e de uma jurisprudência consolidada e pacífica, assim como pela presença de um otimismo excessivo<sup>6</sup> (Weinstein, 1980) e de uma assimetria de informações decorrente do conhecimento privado dos litigantes (Shavell, 1997) (Bebchuk, 1984). Por outro lado, havendo normas claras,

---

<sup>5</sup> Esta é a regra geral, segundo a qual as Varas do Trabalho são competentes para processar e julgar as ações decorrentes das relações de trabalho (CF, art. 114, I a IX); todavia, nas comarcas onde não existir Vara do Trabalho esta função é atribuída aos Juízes de Direito. Neste sentido tem-se o Art. 112 da CF e o Art. 668 da CLT:

“Art. 112. A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho” (CF, Art. 112).

“Art. 668 - Nas localidades não compreendidas na jurisdição das Juntas de Conciliação e Julgamento, os Juízos de Direito são os órgãos de administração da Justiça do Trabalho, com a jurisdição que lhes for determinada pela lei de organização judiciária local” (CLT, Art. 668).

<sup>6</sup> O viés de otimismo ocorre quando o agente exagera a avaliação de sua probabilidade subjetiva de sucesso na demanda.

jurisprudência consolidada e redução da assimetria; haverá, também, maior previsibilidade quanto aos resultados de um eventual julgamento. Ao longo das próximas seções serão destacados os casos concretos para cada um destes temas, todavia algumas considerações iniciais ainda devem ser apresentadas quanto à jurisprudência.

As decisões judiciais podem ser fruto do trabalho de um indivíduo (como a sentença do juiz) ou de um grupo de indivíduos (como o acórdão de um tribunal). A repetição de uma mesma decisão por parte de um grupo de indivíduos, ou seja, a sucessão harmônica de decisões dos tribunais (REALE, 2002, p. 167) é o que se conhece como “jurisprudência”.

Em um processo, a decisão, quer individual quer coletiva, vincula as partes que nele litigam e pode apresentar diversos fundamentos, tais como leis, costumes, princípios ou mesmo outras decisões. A jurisprudência demonstra a tendência dos julgamentos e, quanto mais consolidada for, maior será a previsibilidade para os potenciais litigantes quanto aos resultados da demanda, ou seja, maior será a “segurança jurídica”. É interessante notar que a jurisprudência, no Brasil, via de regra, não obriga outros julgadores, mas pode persuadi-los, com diferentes graus de intensidade, ou por demonstrar uma possível reforma a ser aplicada por um tribunal superior, ou por servir como meio de economia, eis que pouparia o decisor de uma apreciação mais detalhada do caso, dado que outros já o fizeram. A jurisprudência pode, portanto, reduzir custos para o judiciário.

A jurisprudência também possui o condão de demonstrar a força de um argumento, eis que foi formado um posicionamento semelhante, mesmo que diante de partes, advogados, julgadores, processos e até lugares diferentes<sup>7</sup>.

Percebe-se que a segurança jurídica está relacionada à previsibilidade decorrente da aplicação de um conjunto de regras, com diferentes fundamentos, a um certo tipo de caso, em um dado momento, ao que podemos denominar “capital jurídico” (GICO JR., 2013, p. 448). O conceito de “capital jurídico” nos remete à ideia de que a aplicação das regras gera ganho para indivíduos e até para a coletividade, possuindo características de bem público<sup>8</sup> cujo ganho se perpetua no tempo (BUCHANAN, 2000 [1975], p. 156).

---

<sup>7</sup> Um posicionamento pacífico em toda Justiça do Trabalho equivaleria a sua aceitação em 1.572 unidades judiciárias, sediadas em 624 municípios, por um total de 3.658 magistrados (CNJ, 2018, p. 19 e 38).

<sup>8</sup> Mas-Colell, Whinston e Green definem bem público como “uma mercadoria para a qual o uso de uma unidade do bem por um agente não impede seu uso por outros agentes” (MAS-COLELL, 1995, p. 359). No original: “A public good is a commodity for which use of a unit of the good by one agent does not preclude its use by other agents”.

Relacionar a aplicação das regras jurídicas com o mercado de capitais permite definir o direito como um bem durável (o serviço informacional), com retorno contínuo e futuro (seus benefícios), mas sujeito à obsolescência (como pelo desuso de uma norma) e à depreciação (como por influência de atos externos, tais como as mudanças legislativas ou a mudança dos integrantes dos tribunais) (LANDES; POSNER, 1976, p. 250 e 263).

As regras, acima mencionadas, devem ser lidas em sentido amplo, incluindo-se as criadas pelo judiciário até mesmo quando não possuírem respaldo legal ou quando se mostrarem “*contra legem*”<sup>9</sup>, eis que o acúmulo do capital jurídico e a ampliação da segurança jurídica independem dos fundamentos das decisões.

A título de exemplo de decisões *contra legem* cite-se o atual posicionamento do TST<sup>10</sup> segundo o qual a embriaguez habitual deve ser tida como uma doença e, portanto, não servir de fundamento para uma demissão com justa causa, indo de encontro à literalidade do Art. 482, “f”, da CLT<sup>11</sup>.

Como exemplo de regra criada pelo judiciário, mesmo sem fundamento legal, têm-se as consequências da apresentação de controle de jornada com marcações de horários uniformes (o “controle britânico”). Nesta ocasião o empregador apresenta em juízo um controle de jornada com anotações iguais para todos os dias (p.e. entrada sempre pontual às 8h). Não existe lei expressa que verse sobre este assunto, mas a norma aplicável pelos Tribunais é clara e uniforme:

---

<sup>9</sup> Na seara trabalhista existem abundantes exemplos de padrões jurisprudenciais em claro confronto com a lei vigente, dos quais cite-se a impossibilidade de demissão por justa causa por embriaguez habitual ou por vício em jogos (v. CLT, Art. 482, f), assim como a possibilidade de término do contrato do membro da CIPA ao término do aviso prévio em contraste ao da gestante (Súmula 244 e 339 do TST, ADCT, Art. 10, II) e ainda a possibilidade de responsabilidade subsidiária do Estado em questões envolvendo terceirizados (Súmula 331 do TST).

Neste ponto chega a ser inusitada a atual redação do §2º, do Art. 8º da CLT:

“§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.”

<sup>10</sup> A seguinte decisão revela a atual postura do TST: “RECURSO DE REVISTA. DESPEDIDA POR JUSTA CAUSA. ALCOOLISMO. REINTEGRAÇÃO 1. A jurisprudência prevalecente no Tribunal Superior do Trabalho firmou-se no sentido de que a Organização Mundial da Saúde (OMS) reconhece o alcoolismo crônico como doença no Código Internacional de Doenças (CID), classificado como “síndrome de dependência do álcool” (referência F-10.2). 2. Portanto, trata-se de patologia que gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. Clama, pois, por tratamento e não por sanção. 3. Decisão regional que desconstitui a justa causa aplicada ao empregado, em virtude de laudo pericial concluir que este padece de alcoolismo crônico, encontra-se em conformidade com a jurisprudência iterativa e notória do TST. 4. Recurso de revista da Reclamada de que não se conhece” (TST - RR: 3005320115170009, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 14/10/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015).

<sup>11</sup> Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:  
[...] f) embriaguez habitual ou em serviço;

os controles devem ser tidos como inválidos, o ônus da prova deve ser invertido e a jornada descrita em inicial deve ser presumida como verdadeira.

Nesses dois exemplos (demissão com justa causa por embriaguez habitual e apresentação de controle de jornada britânico) percebe-se que é possível uma clara e sólida antecipação da decisão judicial. No primeiro caso, o empregado pode pedir a reintegração ao emprego e, no segundo caso, se tudo o que o empregador possuir for um “controle britânico”, é provável que ele desejará evitar os custos decorrentes do litígio e resolver a demanda por meio de uma transação.

Concluindo esta seção tem-se que um conflito interpessoal surge em decorrência de anseios não satisfeitos e que sua resolução pode se dar como fruto de uma atuação voluntária ou imposta, na qual uma das partes disporá de parcela de seu querer em detrimento da outra, sendo que esta resolução, no âmbito trabalhista, dar-se-á por ato voluntário (transação) ou por decisão judicial (com análise de mérito). Até que uma decisão judicial seja efetivada tem-se o somatório de diversos e sucessivos atos das partes e de operadores do direito, cada um dos quais atende a motivações próprias e incentivos que, a despeito de serem personalíssimos, seguem direção previsível, eis que conduzidos por serem humanos racionais com limitações e vontades identificáveis.

A ideia básica é que indivíduos reagem a incentivos (MURRAY, 1984, p. 146; BARTLET, 1989, p. 197) e que esta reação atende a anseios e princípios próprios do ator, os quais, como percebido por Adam Smith, podem ser totalmente diferentes do anseio do legislador: “Em um grande tabuleiro de xadrez da sociedade humana, cada peça tem uma regra de movimento próprio, completamente diferente daquela que a legislatura poderia escolher para impor” (SMITH, 1790, p. 234). Vejamos, então, quais elementos da norma trabalhista influenciam no início do litígio (seção 1.2) e que incentivos são por ela criados (seção 1.3).

## 1.2 ANÁLISE DA NORMA APLICÁVEL

O processo trabalhista é normatizado pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (CPC) e forte ingerência, inclusive quanto à conduta processual, pelas Súmulas e Instruções Normativas dos Tribunais, pelo que a

presente seção apresentará cotejo das normas que influenciam, de forma direta, a estrutura de incentivos, conforme será demonstrada na próxima seção.

Estabelecendo-se o interesse na interposição de uma demanda trabalhista tem-se que o autor terá que apresentar requerimento perante uma vara trabalhista, ou, se esta não existir, junto ao um juiz de direito. Para regular andamento processual, tal requerimento precisa atender aos requisitos estruturais, extrínsecos e formais, descritos em lei (SCHIAVI, 2015, p. 527).

A respeito dos requisitos estruturais, estes são descritos no Art. 840, da CLT, que, em resumo, exigem que o requerimento inicial contenha endereçamento, qualificação das partes, exposição dos fatos, pedido com valor, data e assinatura do reclamante ou seu representante:

Art. 840 - A reclamação poderá ser escrita ou verbal.

§ 1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

§ 2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no § 1º deste artigo.

§ 3º Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1º deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito.

Os requisitos extrínsecos correspondem aos documentos indispensáveis à propositura da demanda, nos termos do Art. 787, da CLT, o qual afirma que “A reclamação escrita deverá ser formulada em 2 (duas) vias e desde logo acompanhada dos documentos em que se fundar.”<sup>12</sup>, requisitos os quais estão sujeitos a ampla margem de flexibilização de modo a se adequar à presunção generalizada de hipossuficiência do trabalhador, assim como aos anseios de simplicidade e economia processual aplicáveis ao processo trabalhista.

Quanto aos requisitos formais, tem-se que a petição inicial deve ser verbal ou escrita. No primeiro caso, esta deve ser reduzida a termo por escrivão ou secretário da vara do trabalho. Em qualquer das opções, o requerimento pode ser apresentado diretamente pelo reclamante (*jus postulandi*) ou por advogado:

Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

§ 1º - Nos dissídios individuais os empregados e empregadores poderão fazer-se representar por intermédio do sindicato, advogado, solicitador, ou provisionado, inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

---

<sup>12</sup> No próximo capítulo focarei especificamente nos incentivos que giram em torno da produção de provas.

§ 2º - Nos dissídios coletivos é facultada aos interessados a assistência por advogado.  
 § 3º A constituição de procurador com poderes para o foro em geral poderá ser efetivada, mediante simples registro em ata de audiência, a requerimento verbal do advogado interessado, com anuência da parte representada.

Neste ponto, dados fornecidos pelo TRT da 10ª Região apontam para o fato de que o *jus postulandi* é um direito pouco usado, e, este uso apenas costuma se dar pelos empregadores (OUVIDORIA TRT10, 2019). Desde 2013 sua incidência foi a seguinte:

Tabela 1 – Comparativo quanto ao uso do *jus postulandi*

Ano	Total de empregadores sem advogados	Total de empregados sem advogados	Total de novos processos
2013	6	0	75.401
2014	11	0	79.411
2015	20	0	81.095
2016	14	0	80.624
2017	26	0	77.216
2018	54	0	Ainda não disponível

Fonte: Pesquisa e elaboração do autor, 2018.

Se os dados do TRT da 10ª Região forem representativos dos constantes nos demais tribunais trabalhistas, é possível afirmar que, o pouco uso do *jus postulandi* indica que a maior parte dos litigantes considera que a contratação de um advogado satisfaz seus interesses (maximiza sua utilidade). Entre os cenários possíveis para explicar isso tem-se que, para o empregado, o conhecimento deste profissional possibilita pelo menos um dos seguintes resultados: (i) um aumento do benefício esperado, (ii) um aumento da probabilidade de ganho ou (iii) uma redução dos custos esperados. Maiores aprofundamentos sobre este tópico serão efetuados ao se tratar sobre os benefícios esperados (seção 1.3.1) e sobre os honorários contratuais (seção 1.3.2.2).

A decisão final do litígio (sentença ou acórdão) versará sobre os pedidos formulados na inicial e poderá condenar o empregador ao pagamento de verbas em favor do empregado, da previdência, do judiciário e/ou do advogado do autor, na modalidade de honorários de sucumbência, fato este que finda por alterar o comportamento, já no início do processo, dos advogados e, por consequência, das partes, todos os que, como visto na seção anterior, apresentam comportamento racional e visam maximizar sua utilidade.



Seguindo o padrão estabelecido pelo CPC, a CLT apresenta clara exposição a respeito dos métodos e hipóteses de incidência dos honorários de sucumbência:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

§ 1º Os honorários são devidos também nas ações contra a Fazenda Pública e nas ações em que a parte estiver assistida ou substituída pelo sindicato de sua categoria.

§ 2º Ao fixar os honorários, o juízo observará:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrar os honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

§ 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

§ 5º São devidos honorários de sucumbência na reconvenção.

Ainda no tocante aos honorários, tem-se que a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), incluiu na CLT a condenação em honorários de sucumbência; todavia, até a presente data, tem-se que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) não cancelou as súmulas 219 e 329, que tratam dos honorários assistenciais devidos em caso de representação sindical. Eis o conteúdo das súmulas:

Súmula nº 219 do TST

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art. 14, § 1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III - São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV - Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

[...] Súmula nº 329 do TST

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 133 DA CF/1988 (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Mesmo após a promulgação da CF/1988, permanece válido o entendimento consubstanciado na Súmula nº 219 do Tribunal Superior do Trabalho.

Como o pedido deve ser “certo, determinado e com indicação do valor”, tem-se por superada divergência existente, antes da Reforma Trabalhista, no tocante à obrigatoriedade de indicação do valor da causa, pelo que, com base nos pedidos, tem-se que sua indicação é obrigatória, determinará o rito a ser observado, demonstrará o anseio econômico pretendido, limitará os riscos e deverá observar os termos do Art. 291 e 292, do CPC:

Art. 291. A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível.

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;

II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a rescisão ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida;

III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;

IV - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido;

V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;

VI - na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;

VII - na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor;

VIII - na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.

§ 1º Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, considerar-se-á o valor de umas e outras.

§ 2º O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

§ 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

Art. 293. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, e o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas.

O pedido inicial deve ser apresentado em até dois anos após o término do contrato de trabalho (prescrição bienal), requerendo verbas cujo fato gerador se deu nos últimos cinco anos

(prescrição quinquenal). Estes dois prazos são prescricionais, logo não podem ser negociados pelas partes, e encontram respaldo na Constituição Federal (CF), no Código Civil (CC), na CLT e em súmulas e orientações do TST:

Código Civil, Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.

Constituição Federal, Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...] XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

TST, Súmula n. 308. PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 204 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I. Respeitado o biênio subsequente à cessação contratual, a prescrição da ação trabalhista concerne às pretensões imediatamente anteriores a cinco anos, contados da data do ajuizamento da reclamação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato. (ex-OJ nº 204 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988. (ex-Súmula nº 308 - Res. 6/1992, DJ 05.11.1992) II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988. (ex-Súmula nº 308 - Res. 6/1992, DJ 05.11.1992)

Tais prazos estão sujeitos às hipóteses de suspensão e interrupção nos termos dos Arts. 625-G e 471 e ss. da CLT<sup>13</sup>, dos Arts. 197 a 201, do CC<sup>14</sup>, da súmula 268<sup>15</sup> e da OJ 375 ambas do TST<sup>16</sup>; todavia, tais ressalvas não influenciarão na estrutura de incentivos apreciada na próxima seção.

- 
- <sup>13</sup> Art. 471 - Ao empregado afastado do emprego, são asseguradas, por ocasião de sua volta, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa.  
 Art. 472 - O afastamento do empregado em virtude das exigências do serviço militar, ou de outro encargo público, não constituirá motivo para alteração ou rescisão do contrato de trabalho por parte do empregador.  
 [...] Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário:  
 I - até 2 (dois) dias consecutivos, em caso de falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua carteira de trabalho e previdência social, viva sob sua dependência econômica;  
 II - até 3 (três) dias consecutivos, em virtude de casamento;  
 III - por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana;  
 IV - por um dia, em cada 12 (doze) meses de trabalho, em caso de doação voluntária de sangue devidamente comprovada;  
 V - até 2 (dois) dias consecutivos ou não, para o fim de se alistar eleitor, nos termos da lei respectiva.  
 VI - no período de tempo em que tiver de cumprir as exigências do Serviço Militar referidas na letra "c" do art. 65 da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar).  
 VII - nos dias em que estiver comprovadamente realizando provas de exame vestibular para ingresso em estabelecimento de ensino superior.  
 VIII - pelo tempo que se fizer necessário, quando tiver que comparecer a júízo.  
 IX - pelo tempo que se fizer necessário, quando, na qualidade de representante de entidade sindical, estiver participando de reunião oficial de organismo internacional do qual o Brasil seja membro.  
 X - até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira;  
 XI - por 1 (um) dia por ano para acompanhar filho de até 6 (seis) anos em consulta médica.  
 XII - até 3 (três) dias, em cada 12 (doze) meses de trabalho, em caso de realização de exames preventivos de câncer devidamente comprovada.  
 Art. 474 - A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.  
 Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.  
 [...] Art. 476-A. O contrato de trabalho poderá ser suspenso, por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho e aquiescência formal do empregado, observado o disposto no art. 471 desta Consolidação.  
 [...] Art. 625-G. O prazo prescricional será suspenso a partir da provocação da Comissão de Conciliação Prévia, recomeçando a fluir, pelo que lhe resta, a partir da tentativa frustrada de conciliação ou do esgotamento do prazo previsto no art. 625-F.

- <sup>14</sup> Art. 197. Não corre a prescrição:  
 I - entre os cônjuges, na constância da sociedade conjugal;  
 II - entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar;  
 III - entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela.  
 Art. 198. Também não corre a prescrição:  
 I - contra os incapazes de que trata o art. 3º;  
 II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios;  
 III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.  
 Art. 199. Não corre igualmente a prescrição:  
 I - pendendo condição suspensiva;  
 II - não estando vencido o prazo;  
 III - pendendo ação de evicção.

- <sup>15</sup> A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos.

- <sup>16</sup> A suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvada a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário.

Por fim, tem-se que toda a demanda será construída com base no pedido inicial, o qual pode ser aditado, ou emendado, até a apresentação de contestação, sem necessidade de concordância da parte contrária, ou após a contestação, satisfeita tal anuência, sendo vedado ao juiz decidir além dos limites propostos pelo autor (CPC, Arts. 141 e 492), exceto quanto à multa do Art. 467 e da indenização do Art. 729, ambos da CLT:

CPC, Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

[...] CPC, Art. 492. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

CLT, Art. 467. Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento".

[...] CLT, Art. 729. O empregador que deixar de cumprir decisão passada em julgado sobre a readmissão ou reintegração de empregado, além do pagamento dos salários deste, incorrerá na multa de Cr\$ 10,00 (dez cruzeiros) a Cr\$ 50,00 (cinquenta cruzeiros) por dia, até que seja cumprida a decisão.

Por todo o exposto, cumpre pontuar os seguintes destaques, os quais serão aprofundados na próxima seção:

- a) Não há exigência para apresentação de fundamentação jurídica aos pedidos.
- b) Não existem limitações à postulação e defesa sem advogado, mas esta faculdade apenas costuma ser utilizada pelos empregadores.
- c) Há o risco de incidência de honorários de sucumbência e de honorários assistenciais em uma mesma demanda.
- d) Pedidos que não observem os requisitos legais podem ser prontamente extintos.
- e) Existe limitação temporal tanto para o ingresso em juízo (prescrição bienal), como para o fato gerador dos pedidos formulados (prescrição quinquenal).
- f) É obrigatória delimitação clara e objetiva do pedido inicial, sendo vedado ao juiz julgar além deste limite.

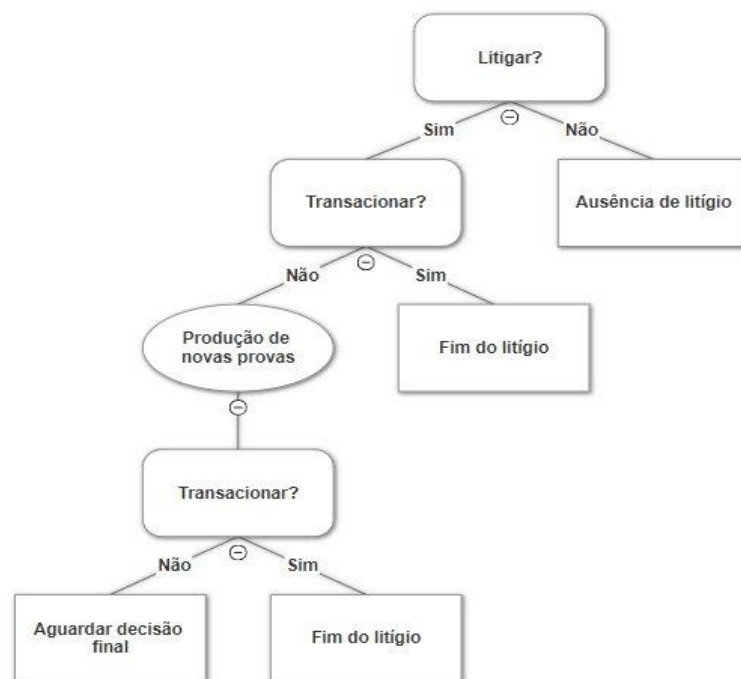
Estabelecidos os fundamentos legais, passa-se à análise da estrutura de incentivos por estes criada, com a competente sistematização dos seus eventuais benefícios e custos.

### 1.3 ESTRUTURA DE INCENTIVOS

Com base nas informações de que dispõe, o autor da demanda, mesmo que intuitivamente, vislumbra os benefícios e os custos decorrentes do ingresso com uma reclamação trabalhista, e optará por este caminho se encontrar um saldo positivo em seu “retorno esperado”, ou seja, na diferença entre o benefício esperado com o litígio e os custos dele decorrentes. O réu também precisará fazer escolhas, as quais também se fundamentarão em custos e benefícios; entretanto, estas serão mais restritas, eis que dependentes do comportamento do autor.

Cada instante do processo que exige a realização de uma escolha é aqui chamado de “nó decisional”, sendo o autor aquele que encontra o primeiro desses nós diretamente relacionado com o processo, ou seja, ele pode ou não dar início ao litígio. Esta decisão redundará em um novo conjunto de custos e benefícios possíveis, sendo que cada decisão pode levar a um novo nó decisional que reiniciará a necessidade de escolhas e análises. Em termos gráficos tem-se o seguinte:

Figura 1 - Árvore de decisões



Fonte: Pesquisa e elaboração do autor, 2018.

Neste ponto algumas informações importantes devem ser destacadas, quais sejam, (i) é provável que parte dos anseios não satisfeitos do autor dependa da análise de provas, as quais apenas serão disponibilizadas/produzidas durante a instrução processual; (ii) as decisões judiciais em processos trabalhistas podem ser conflitantes para com o disposto em lei e por tribunais superiores, o que reduz a previsibilidade do julgamento e (iii) é possível que o autor erroneamente maximize suas chances de ganho e minimize seus possíveis custos, o que chamaremos de “viés de otimismo” (THALER, 2009; WEINSTEIN, 1980; CAVALCANTE, 2012).

Neste momento inicial o autor pondera sobre a chance que possui de ganhar a demanda e a relaciona ao “retorno esperado”, ou seja, com a diferença entre os benefícios e os custos que espera do litígio, de feita que decidirá por seu início se o resultado de seu cálculo for positivo. É necessário, agora, apreciar as minúcias do benefício esperado em decorrência do ingresso com uma reclamação trabalhista para, logo em seguida, tratar dos seus eventuais custos.

### 1.3.1 Benefício esperado

O benefício esperado com o litígio corresponde ao ganho total esperado pelo autor. Neste ponto cumpre ressaltar que nem todo ganho possui um valor de mercado passível de livre e ampla apreciação; todavia, o autor possui plenas condições de avaliá-lo com base em sua experiência e interesses. Este anseio deve ser expresso nos pedidos formulados em exordial.

Em tese, os pedidos formulados devem guardar relação com obrigações estabelecidas em norma válida e não cumpridas em momento oportuno. Dando início ao litígio, o empregado formula sua inicial após análise dos fatos ocorridos nos cinco anos anteriores ao início da demanda, com a clara identificação de situações que lhe geraram dano passível de reparação.

Ocorre que o empregado também pode incluir, na formulação deste pedido inicial, supostos danos que sabe não terem ocorrido, ao que denominarei “pedidos improváveis”. Esta escolha pode decorrer de diversos motivos, como, p.e., a possibilidade de um ganho financeiro, ou o desejo por afrontar a imagem do empregador, ou, ainda, a percepção de benefício não relacionado com o processo, mas que deseja usar em outra ocasião, como induzir o empregador a apresentar um argumento ou prova. Em todo caso, o autor também considerará esse desejo como parte de seus benefícios esperados e, também, ponderará sobre seus eventuais custos, tais

como uma punição por litigância de má-fé ou a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência.

Antes do advento da Reforma Trabalhista tinha-se que, virtualmente, inexistia punição específica para “pedidos improváveis”, o que acabava induzindo a uma conduta difícil de superar: não havia nada a se perder com a multiplicação dos pedidos, mas sempre existiria a chance de algum deles ser concedido. Se o autor ansiasse, p.e., por ganho financeiro, sempre existia a possibilidade de o réu incidir nos efeitos da revelia ou não conseguir satisfazer seu ônus de prova, ou, durante o processo, o judiciário poderia cometer algum erro que beneficiasse o autor.

Agora, o incentivo para formulação de pedidos improváveis se encontra reduzido pela possibilidade de condenação em honorários de sucumbência. Com eventual improcedência da demanda, o desestímulo decorre da relativa limitação objetiva à concessão do benefício da justiça gratuita, estabelecida no Art. 790, §§3º e 4º, da CLT<sup>17</sup>, segundo a qual estes honorários apenas serão obrigatórios se o devedor não for beneficiado com a justiça gratuita. Para as demandas julgadas totalmente procedentes é a representação do autor por advogado que produzirá o maior efeito de limitação. Caso um advogado seja contratado para atuar em nome do empregado, surgirá uma estrutura de incentivos própria para esta representação, a qual inclui seus custos e benefícios. Por ora vamos focar em como essa estrutura limita os “pedidos improváveis”, na seção 1.3.2.2, deste trabalho, ampliaremos essa análise.

A liberdade inerente ao exercício da advocacia (Art. 7º, I da Lei 8.906/94<sup>18</sup>) garante ao advogado a possibilidade de selecionar os pedidos iniciais, incluindo-os ou retirando segundo seu arbítrio, interesse e limites da contratação. Como o contrato de honorários é de cunho privado, faz-se impossível precisar quais suas condições mais comuns; todavia, uma das possíveis formas de contratação é aquela na qual os honorários dependam do êxito e correspondem a uma participação nos resultados da causa (contrato *ad exitum*), ao que

---

<sup>17</sup> Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

[...] § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

<sup>18</sup> Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;



denominarei “contrato de risco”. Nestes casos o empregado transfere a terceiro, o advogado, os riscos decorrentes do insucesso da demanda, pelo que há de se supor que o causídico efetivará um filtro inicial ao não ingressar em juízo com demandas que espera serem totalmente improcedentes, ou cujo proveito não compense os custos de manutenção do litígio.

Mas, além deste filtro inicial, o advogado também terá interesse em maximizar seus ganhos, entre os quais se encontram os honorários de sucumbência, que serão reduzidos em caso de procedência parcial (CLT, Art. 791-A, §3º<sup>19</sup>). Logo, tem-se mais um incentivo para redução dos “pedidos improváveis”.

Aqui é importante perceber que o “retorno esperado” com o litígio deve considerar a probabilidade de seu ganho, e esta está vinculada às informações disponíveis e à previsibilidade dos julgamentos. Sobre a previsibilidade, as devidas considerações foram apresentadas na seção 1.1, pelo que importa agora aprofundar um pouco mais o tema das informações disponíveis.

A demanda trabalhista possui como parte de suas características o enaltecimento do conteúdo sobre a forma e a concessão de benefícios e facilidades processuais ao empregado (SCHIAVI, 2015, p. 124; ALMEIDA, 2016, p. 68; LEITE, 2014, p. 81); desta feita, p.e., provas testemunhais ganham destaque e podem servir para inutilizar o valor probante de documentos. Assim, apesar de, tal qual no processo civil, haver a obrigatoriedade de apresentação preliminar de todas as provas documentais disponíveis, não há qualquer obrigatoriedade de se informar quem são as testemunhas a serem ouvidas ou qual o cerne de seus depoimentos. Neste sentido, o retorno esperado com o julgamento, pelo autor, alicerça-se sobre a chance de vitória da demanda a qual pode depender da existência e conteúdo de eventual prova testemunhal que é de conhecimento exclusivo de cada uma das partes. A presença deste conjunto de informações privadas a cada um dos litigantes consubstancia o que pode ser chamado de “assimetria de informação”, a qual impossibilita o autor de fazer uma precisa delimitação de suas chances de ganho *ex ante* litígio.

Por necessidade lógica a probabilidade de ganho é maior para os “pedidos prováveis” do que para os “improváveis”, mas deverá ser ajustada ao longo do processo.

---

<sup>19</sup> Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.  
[...] § 3º Na hipótese de procedência parcial, o juízo arbitrar honorários de sucumbência recíproca, vedada a compensação entre os honorários.

Por fim, um último elemento, relacionado ao benefício esperado e que pode ser considerado pelo autor, corresponde à probabilidade de recebimento futuro (PRF), dado que sentença procedente contra a parte insolvente não redundará em nenhum ganho efetivo para o empregado. Assim, no primeiro nó decisional, para optar por litigar, o autor considera que esta probabilidade de recebimento é maior do que zero e, por se tratar de uma probabilidade, menor ou igual a um. Se uma determinada demanda possuir um alto benefício esperado, mas nenhuma expectativa de recebimento futuro, tem-se que o autor optará pelo não início do litígio. Consultas individualizadas ao Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT) e a eventuais processos de recuperação judicial e falência podem servir como auxílio para construção desta estimativa.

Conclui-se que, atualmente, existe incentivo para que o empregado protocole demandas com chances de ganho maior do que zero, mas com algum número de pedidos, que o próprio autor reconhece serem infundados, a depender das chances de ganho do benefício da justiça gratuita e com influência direta exercida pelos benefícios esperados por eventual advogado que o represente. O próximo passo é apreciar quais os custos que podem ser impostos ao empregado, e como eles alteram sua estrutura de incentivos inicial.

### 1.3.2 Custos da demanda

Para o empregado, os custos da demanda podem incluir os honorários de sucumbência (HS), os honorários contratuais (HC) e de peritos (HP), e as custas processuais (CP), conforme será apreciado ao longo desta seção. No terceiro capítulo estes conceitos serão levemente modificados para demonstrar os custos vinculados à transação, ocasião na qual serão efetivados os devidos entrelaçamentos com os benefícios previamente apontados.

#### *1.3.2.1 Honorários de sucumbência/assistenciais*

Até o advento da Reforma Trabalhista não existia norma específica regulando a condenação ao pagamento de honorários decorrentes da sucumbência, cuja prática era fundamentada em duas súmulas do TST, as 219 e 329, as quais chegaram a se fundamentar no CPC, mas iam de encontro à sua literalidade.

Em que pese tal debate, historicamente apenas era possível esta condenação quando a parte estivesse assistida por sindicato da categoria profissional e comprovasse a percepção de salário inferior ao dobro do mínimo legal ou se encontrasse em situação econômica que não lhe permitisse demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família, honorários estes denominados “assistenciais” e que deveriam ser arbitrados entre 10% e 20%<sup>20</sup> sobre o valor da condenação.

Todavia, todo este contexto de dúvida e limitação da condenação se encontra superado com a atual redação do Art. 791-A, da CLT, o qual inclui no processo trabalhista os honorários de sucumbência, que devem ser arbitrados entre 5% e 15% sobre o valor da causa ou do proveito econômico da parte vencedora:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

Antes da Reforma os requisitos existentes geravam uma eminente disparidade entre os litigantes: em nenhuma ocasião seria o empregado condenado ao pagamento de honorários à parte adversa, eis que o empregador nunca estaria assistido pelo sindicato profissional. De feita que era, portanto, sucumbência apenas aplicável ao empregador.

---

<sup>20</sup> Enunciado 219 do TST: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO (alterada a redação do item I e acrescidos os itens IV a VI em decorrência do CPC de 2015) - Res. 204/2016, DEJT divulgado em 17, 18 e 21.03.2016

I - Na Justiça do Trabalho, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios não decorre pura e simplesmente da sucumbência, devendo a parte, concomitantemente: a) estar assistida por sindicato da categoria profissional; b) comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do próprio sustento ou da respectiva família. (art.14,§1º, da Lei nº 5.584/1970). (ex-OJ nº 305da SBDI-I).

II - É cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em ação rescisória no processo trabalhista.

III – São devidos os honorários advocatícios nas causas em que o ente sindical figure como substituto processual e nas lides que não derivem da relação de emprego.

IV – Na ação rescisória e nas lides que não derivem de relação de emprego, a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios da sucumbência submete-se à disciplina do Código de Processo Civil (arts. 85, 86, 87 e 90).

V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

VI - Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, aplicar-se-ão os percentuais específicos de honorários advocatícios contemplados no Código de Processo Civil.

Após a Reforma tal distinção foi parcialmente anulada, mas, dado que a Súmula 219 não foi alterada, uma dúvida ainda persiste, qual seja: estará ainda em vigor o dever de pagamento dos honorários assistenciais ou eles foram substituídos pelos sucumbenciais? A legislação não responde a esta questão e ainda não se tem jurisprudência pacífica sobre o tema, de feita que existe o risco de condenação do empregador quanto às duas verbas.

A decisão que resolver o mérito do litígio apreciará os pedidos iniciais e condenará a parte sucumbente ao pagamento dos honorários, condenação esta que se fará inexigível apenas quando lhe for concedido o benefício da justiça gratuita (CLT, Art. 791-A, §4º <sup>21</sup>).

Observado que o dever de pagamento dos honorários de sucumbência (HS) e dos honorários assistenciais (HA) está relacionado com a derrota ou sucesso da demanda, assim como com o recebimento, ou não, do benefício da justiça gratuita, faz-se possível construir o quadro geral abaixo, o qual resume os possíveis cenários de condenações de incidência, para o empregado, dos custos acima apresentados, sendo que “V” corresponde ao valor da causa.

Tabela 2 - Comparativa quanto aos honorários de sucumbência/assistenciais eventualmente devidos pelo empregado

	Sucesso	Derrota
<b>Empregado</b>	<b>Com justiça gratuita</b>	
	HS = 0 + HA = 0	HS = 0 + HA = 0
	<b>Sem justiça gratuita</b>	
	HS = 0 + HA = 0	$0,05.V \leq HS \leq 0,15.V$ + HA = 0

Fonte: Pesquisa e elaboração do autor, 2018.

Assim, para o empregado que receba o benefício da justiça gratuita, não haverá nenhum custo com o pagamento dos honorários decorrentes da sucumbência; todavia, sem este

<sup>21</sup> § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

benefício, e em caso de insucesso, tem-se que este custo variará entre 5% e 15% do valor da causa (V), o qual, como já visto, deve ser baseado no proveito econômico esperado.

Como existe presunção de recebimento da justiça gratuita para todos os empregados com remuneração inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (CLT, Art. 790, §3º), tem-se que estes não precisam aguardar até a sentença para presumir que obterão tal benefício. O resultado é que, já quando do início do litígio, eles podem antecipar que não incidirão nos custos com honorários assistenciais e nem sucumbenciais; logo, torna-se mais fácil alcançar saldo positivo no “retorno esperado”, formando-se incentivo para que litiguem.

Na seção 1.3.1 foi demonstrado que o risco de condenação em honorários, decorrentes da sucumbência, serve como limitador da formulação dos "pedidos improváveis". Quando o autor já antecipa que não incidirá neste custo pode constatar que nada tem a perder com sua formulação, sendo que o único incentivo para não o fazer é o decorrente da representação do autor por advogado.

Conclui-se que a possibilidade de condenação em honorários sucumbenciais equivale a desestímulo tanto ao ato de iniciar a demanda, como ao de selecionar os pedidos nela formulados. Já presunção ao recebimento do benefício da justiça gratuita e possibilidade de litigar sem a representação de um advogado (o *jus postulandi*) acabam por anular esse desestímulo. Como os honorários assistenciais apenas podem ser impostos ao empregador eles não influenciam sobre a estrutura de incentivos inicial do empregado. A próxima seção versará sobre os honorários contratuais e abordará como a contratação de um advogado altera a estrutura de incentivos do autor.

#### *1.3.2.2 Honorários contratuais*

Os honorários contratuais, aqui tratados, referem-se à remuneração ajustada entre o cliente (empregado ou empregador) e seu(s) advogado(s), pela prestação do serviço de representação em uma demanda trabalhista. Tais honorários, também denominados “convencionais”, decorrem de uma negociação de caráter privado, para uma representação onerosa e cujos valores devem observar as limitações criadas pela Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) e pelo Código de Ética e Disciplina da OAB.

O Código de Ética e Disciplina da OAB pontua que a “redução dos valores estabelecidos na Tabela de Honorários implica captação de clientes ou causa” (Art. 39), tema ampliado pelo seu Art. 41: “Art. 41. O advogado deve evitar o aviltamento de valores dos serviços profissionais, não os fixando de forma irrisória ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários, salvo motivo plenamente justificável”. Já o Art. 34, do Estatuto da Advocacia, estabelece que “angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros” corresponde à infração disciplinar passível das penalidades de multa, censura, suspensão ou exclusão (Art. 34, V e Arts. 35 a 39 da Lei 8.906/94).

Cada seccional da OAB (órgão estadual) tem a competência de fixar a tabela de honorários válida para seu território (Art. 58, Lei 8.906/94<sup>22</sup>), tabela essa que estabelece os limites mínimos e máximos a serem cobrados pelos advogados atuando naquela circunscrição. Como exemplo, cite-se a tabela de honorários da OAB/DF, a qual foi instituída pela Resolução n. 04 de 6 de agosto de 2015, desse órgão, e que fixa, em demandas trabalhistas, que os honorários contratuais devem ser fixados entre 10% e 30% do proveito econômico ou dos pedidos formulados:

Art. 4º É lícito ao advogado contratar valor superior ao previsto na Tabela, salvo nas questões trabalhistas e previdenciárias, quando se acordar os honorários em êxito e participação nos resultados da causa (art. 38 do Código de Ética) entretanto, obrigatoriamente, ao advogado, em atendimento ao dever de zelar pela dignidade da profissão, observar os limites mínimos aqui fixados, não contratando honorários a eles inferiores (concorrência desleal), sob pena das sanções legais.

[...] Advocacia Trabalhista

71 - Patrocínio de reclamação trabalhista pelo reclamante, de 10% a 30% do valor da condenação, se procedente ou em caso de acordo;

72 - Patrocínio de reclamação trabalhista pelo reclamado, de 10% a 30% sobre o valor total dos pedidos - VM 20 URH (OAB/DF, 2019)

O Código de Ética ainda acrescenta que, nos contratos de risco, o somatório dos honorários contratuais com os de sucumbência não pode ser superior ao ganho obtido pelo cliente:

Art. 38. Na hipótese da adoção de cláusula quota litis, os honorários devem ser necessariamente representados por pecúnia e, quando acrescidos dos de honorários da sucumbência, não podem ser superiores às vantagens advindas em favor do constituinte ou do cliente.

<sup>22</sup> Art. 58. Compete privativamente ao Conselho Seccional:

[...] V - fixar a tabela de honorários, válida para todo o território estadual;

As limitações impostas pelo Estatuto da Advocacia e pelo Código de Ética e Disciplina da OAB tornam possível afirmar que a profissão do advogado corresponde a um mercado de preços regulados<sup>23</sup>. Visto que essa regulação estabelece limites para os valores dos honorários contratuais, ela torna possível uma clara apreciação, antes do início do litígio, destes custos para o empregado.

Na seção 1.2, ao constatar o pouco uso do *jus postulandi* foi sugerido, como possíveis explicações, que a contratação de um advogado possibilitaria, pelo menos, um dos seguintes resultados: (i) um aumento do benefício esperado, (ii) um aumento da probabilidade de ganho ou (iii) uma redução dos custos esperados. Em tese, é possível que um advogado represente um cliente de forma gratuita, todavia, é factível presumir que isso não seja o comportamento padrão, de modo que, via de regra, sua contratação cria um novo custo (os honorários contratuais) e anula esse terceiro possível resultado. Já um aumento do benefício esperado e da probabilidade de ganho parece corresponder a ganhos vinculados ao conhecimento jurídico detido por esse profissional, o qual deve ser maior do que o do empregado, existindo, assim, uma assimetria de informação entre eles.

A relação entre “principal” e “agente” pode ser benéfica a ambos, mas ela cria incentivos ao “agente” que são distintos dos do “principal” (COOTER; ULLEN. 2010, p. 284). Assim como o litigante (principal), o advogado (agente) também possui custos e benefícios. Os custos podem incluir a manutenção de seu escritório, contratação de funcionários, despesas com transporte etc. Entre os benefícios tem-se o recebimento dos honorários contratuais e sucumbenciais, a aquisição de novos clientes e a possibilidade de melhora em sua reputação. Como visto na seção 1.3.2.1, os honorários sucumbenciais correspondem a uma porcentagem do ganho, porcentagem esta que pode ser reduzida caso parte dos pedidos seja julgada improcedente. Com vistas a ampliar esse benefício, o advogado tenderá a evitar os “pedidos improváveis”, formular o máximo possível de “pedidos prováveis” e ampliar ao máximo os seus valores. Este comportamento tende a não ser observado apenas quando o ganho destes honorários for superado pelo decorrente dos demais benefícios.

---

<sup>23</sup> Dados fornecidos pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apontam um constante crescimento anual da quantidade de advogados com inscrição ativa no Brasil (OAB/Conselho Federal, 2017), o que comparado a dado do IBGE (IBGE, 2017), chega-se a uma média aproximada de 1 advogado para cada 200 indivíduos da população. Sem indícios de baixa oferta de serviços advocatícios, é provável um dos seguintes cenários: (i) a regulação tem sido burlada ou (ii) seus efeitos têm se manifestado na qualidade/quantidade dos serviços inclusos na contratação. Corresponde a campo cuja pesquisa pode ser ampliada.

Os honorários contratuais podem ser fixados de diversas formas, tais como por hora trabalhada, por serviço desempenhado ou por porcentagem do benefício esperado. Cada modalidade destas gera uma consequência distinta. A cobrança por hora incentiva o advogado a trabalhar por mais tempo do que o necessário, a cobrança por serviço incentiva que mais serviços sejam feitos no menor tempo possível, e a cobrança por porcentagem possui os mesmos incentivos dos honorários de sucumbência.

Toda essa estrutura de incentivos do advogado, aliada à assimetria de informações existente entre principal e agente, possibilita a ocorrência de comportamentos oportunistas. Por exemplo, um advogado que seja contratado por hora ou serviço pode exagerar as chances de ganho ou o valor do benefício esperado de modo a induzir o “principal” a litigar (COOTER; ULLEN, 2010, p. 428).

Para evitar isso, o empregado tenderá a preferir contratações por porcentagem (os “contratos de risco”). Ocorre que, caso o pedido inicial não gere proveito econômico, o advogado não será remunerado pelos seus serviços, ocasião na qual internalizou um risco que inicialmente era do litigante.

Uma alternativa, ao advogado, seria a realização de contratos mistos, algo como o ajuste de um valor fixo mais uma porcentagem, todavia esta alternativa tende a ser mitigada pelos efeitos da concorrência. Explique-se: havendo no mercado advogados que atuam com contratos mistos e outros que atuem com contratos de risco, clientes tenderão a preferir estes últimos; com mais clientes, estes advogados terão mais processos e ganharão maior destaque entre possíveis novos clientes, reiniciando o ciclo.

Constata-se que os custos com honorários contratuais não são influenciados pela concessão da justiça gratuita, tendem a ser pactuados como uma porcentagem do ganho e, atendendo às limitações do Estatuto da Advocacia e do Código de Ética e Disciplina da OAB, são fixados entre zero e 30% do benefício esperado.

#### *1.3.2.3 Honorários de peritos*

A CLT, em seu artigo 790-B, determina que os honorários periciais (HP) são devidos pela parte sucumbente na pretensão objeto da perícia: “Art. 790-B. A responsabilidade pelo



pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita”.

A despeito da nova redação deste artigo, tem-se que a súmula nº 457 do TST não foi alterada ou cancelada, o que se justifica pelo conteúdo do §4º, do Art. 790-B:

Súmula 457, TST. A União é responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n.º 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT.  
CLT, Art. 790-B, § 4º Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.

Estes textos estabelecem que, ante o somatório de dois requisitos, quais sejam, ser beneficiário da justiça gratuita e, em decorrência da demanda, não ter ganho créditos superiores ao valor dos honorários periciais, estará a parte sucumbente dispensada do pagamento dos honorários periciais. Nesta ocasião a obrigação com este custeio será transferida à União observado procedimento disposto nos Arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n.º 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT).

Resta evidente que o Processo do Trabalho não adota a sucumbência parcial disposta no artigo 21 do Código de Processo Civil, o que se justifica pela opção legislativa de proteção ao trabalhador. Destarte, havendo condenação na pretensão do objeto da perícia, mesmo sendo vitorioso quanto aos demais pedidos, a parte reclamada arcará com a totalidade dos honorários periciais.

A estrutura de incentivos aqui existente permanece semelhante ao que existia antes da Reforma Trabalhista, induzindo a seguinte situação: o benefício da justiça gratuita deve ser concedido aos que dele necessitam; ocorre que essa necessidade, como já exposto, é presumida quanto ao empregado que recebe salário igual ou inferior a 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Considerando que o rendimento médio nacional, em 2017, correspondeu a R\$ 2.106,00 (dois mil, cento e seis reais) (IBGE, 2019), tem-se que a probabilidade de condenação a tal verba tenderá a zero, para os empregados, eis que os citados 40%, também em 2017, correspondiam a R\$ 2.212,52.

Quanto aos valores dos honorários, a Resolução nº 232/2016 do CNJ estabelece os limites para cada tipo de perícia. Esses valores variam entre R\$ 170,00 (cento e setenta reais)

até R\$ 4.350,00 (quatro mil, trezentos e cinquenta reais) a depender da complexidade da matéria, do grau de zelo e de especialização do profissional ou do órgão, do lugar e o tempo exigidos para a prestação do serviço e das peculiaridades regionais.

Assim, em semelhança ao que ocorre no tocante aos honorários de sucumbência, tem-se que a obrigação para com o pagamento de honorários periciais está vinculada a duas variáveis, quais sejam, o sucesso no objeto da perícia e o recebimento do benefício da justiça gratuita, pelo que se constrói a seguinte tabela esquemática:

Tabela 3 - Comparativo quanto aos honorários periciais eventualmente devidos pelo empregado

	<b>Sucesso no objeto</b>	<b>Derrota do objeto</b>
<b>Empregado</b>	<b>Com justiça gratuita e sem crédito decorrente da demanda</b>	
	HP = 0	HP = 0
	<b>Sem justiça gratuita ou com crédito decorrente da demanda</b>	
	HP = 0	HP ≤ R\$ 4.350,00

Fonte: Pesquisa e elaboração do autor, 2018.

Cada um dos litigantes possui informações privadas que poderão, ou não, ser disponibilizadas ao longo da instrução processual. Tal assimetria de informação aliada à presunção de recebimento da justiça gratuita pode induzir o empregado a formular pedidos que exijam perícia no intuito de induzir o empregador à formação de um acordo.

Imagine-se demanda na qual o empregado alegue doença ocupacional que resultou em alegada incapacidade ao trabalho. Este tipo de demanda costuma incluir pedido de danos materiais (pelo tratamento médico e lucros cessantes) e danos morais (pela incapacidade ao trabalho) e seu resultado tem ampla dependência da apuração do perito judicial, ao qual caberá o dever de atestar a doença/acidente, suas eventuais consequências e seu nexo de causalidade com o trabalho desempenhado junto ao empregador. Neste exemplo o empregado possui muito mais informações sobre seu estado de saúde e sobre as origens da enfermidade do que seu empregador.

Um empregado que em 2019 tenha uma renda mensal inferior a R\$ 2.335,78 presume que obterá a justiça gratuita, pelo que sabe, antes do início do processo, que não incorrerá em custos com honorários periciais. Assim, não conseguindo o acordo esperado poderá tanto desistir do processo como se submeter à perícia, em todo caso não terá prejuízo.

Conclui-se que, quando a norma estabelece que a parte sucumbente na pretensão da perícia arcará com seus custos, ela desincentiva o desperdício ocasionado por pleitos infundados (“pedidos improváveis”); todavia, este ganho é anulado pela presunção legal de concessão do benefício da justiça gratuita.

#### *1.3.2.4 Custas processuais e demais despesas sucumbenciais*

Nas demandas trabalhistas as custas processuais (CP) correspondem a 2% do total da condenação, para o caso de sucesso do reclamante, ou do valor da causa, para o caso de pedido julgado improcedente ou extinto sem resolução do mérito. Em qualquer desses casos o pagamento apenas é exigível após prolação da sentença. Neste sentido eis Art. 789, CLT:

Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e o máximo de quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, e serão calculadas:

- I – quando houver acordo ou condenação, sobre o respectivo valor;
- II – quando houver extinção do processo, sem julgamento do mérito, ou julgado totalmente improcedente o pedido, sobre o valor da causa;
- III – no caso de procedência do pedido formulado em ação declaratória e em ação constitutiva, sobre o valor da causa;
- IV – quando o valor for indeterminado, sobre o que o juiz fixar.

§ 1º As custas serão pagas pelo vencido, após o trânsito em julgado da decisão. No caso de recurso, as custas serão pagas e comprovado o recolhimento dentro do prazo recursal.

§ 2º Não sendo líquida a condenação, o juízo arbitrar-lhe-á o valor e fixará o montante das custas processuais.

§ 3º Sempre que houver acordo, se de outra forma não for convencionado, o pagamento das custas caberá em partes iguais aos litigantes.

§ 4º Nos dissídios coletivos, as partes vencidas responderão solidariamente pelo pagamento das custas, calculadas sobre o valor arbitrado na decisão, ou pelo Presidente do Tribunal.

Destaque-se que tais custas independem da quantidade de atos processuais, tais como audiências, diligências e decisões, assim como da quantidade de recursos, o que tende a induzir

o litigante a não limitar seus atos e demandas dentro do processo. Qualquer das partes pode se beneficiar desta ausência de limitação de atos, mas espera-se que seja um incentivo maior para os que anseiem por protelar a resolução do feito.

Sendo qualquer dos litigantes beneficiado com a justiça gratuita, as custas são dispensadas, sob fundamento do Art. 790, da CLT:

Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

§ 1º Tratando-se de empregado que não tenha obtido o benefício da justiça gratuita, ou isenção de custas, o sindicato que houver intervindo no processo responderá solidariamente pelo pagamento das custas devidas.

§ 2º No caso de não-pagamento das custas, far-se-á execução da respectiva importância, segundo o procedimento estabelecido no Capítulo V deste Título.

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Em resumo, as custas processuais podem corresponder a zero (quando concedido o benefício da justiça gratuita) ou a dois por cento do benefício esperado.

No tocante aos depósitos recursais, estes correspondem à garantia em juízo, pelo que devidos apenas pelo empregador e dispensados quando da concessão do benefício da justiça gratuita. Em todo caso, tal qual as demais multas processuais como, p.e., a decorrente da litigância de má-fé, faz-se exigível apenas quando já existente uma decisão, pelo que não interferem na apreciação efetuado pelo empregado antes do início da demanda.

Conclui-se que, mais uma vez, ganha destaque a influência da justiça gratuita sobre os custos. O fato de que o valor das custas processuais independe dos atos praticados tende a aumentar a duração do processo e incentiva o exercício de atos protelatórios, sendo norma legal injustificada, ainda mais em uma realidade na qual todas as varas trabalhistas do país já atuam por meio do Processo Judicial Eletrônico, o que torna factível um levantamento dos atos praticados ao longo do processo, mesmo com a obrigação de pagamento das custas se dando apenas ao final do litígio.

### 1.3.3 Incentivos à litigância

Tanto na apreciação dos custos, como na dos benefícios, percebe-se que duas variáveis se repetem com maior frequência: o recebimento do benefício da justiça gratuita e a probabilidade de ganho da demanda. O primeiro tende a reduzir os custos esperados e o segundo influencia todo o retorno esperado. A respeito deste último, pesquisas empreendidas por Salama, Carlotti e Yeung (2018) analisaram 130 mil decisões no TRT-2 e constataram que apenas 11% delas foram julgadas improcedentes, ou seja, existe uma alta probabilidade de que, pelo menos, alguns dos pedidos sejam tidos como procedentes.

Além disso, o fato de que o contrato de emprego normalmente está relacionado com a subsistência do trabalhador e que este tende a possuir conhecimento técnico e poderio econômico inferior ao do empregador, gera um ambiente propício à desconfiança mútua que dificulta a concretização de negociações. Aliando-se este aspecto à alta quantidade de advogados *per capita* no Brasil, tem-se disponível um fácil acesso da população tanto ao conhecimento jurídico como à oferta de representação judicial.

Do ponto de vista do empregado parece ser fácil e barato litigar. Voltemos, agora, nossa atenção ao empregador. Dada a alta probabilidade de ganho de parte do litígio pelo empregado, assim como pela existência de atos aleatórios (p.e. a jurisprudência pode se alterar, não se sabe para qual juiz a demanda será inicialmente distribuída, erros processuais podem ocorrer etc.), haveria de se supor que isso redundaria em incentivo para o empregador proceder com transações pré-litígio.

Ocorre que, na seara sob estudo, e como regra geral do ponto de vista formal, tem-se que ao empregado é vedado livremente dispor de seus direitos trabalhistas<sup>24</sup>, o que corresponde à manifesta limitação às possibilidades de transação extrajudicial.

Esta indisponibilidade não é absoluta; tanto os direitos individuais como os coletivos admitem a transação dentro de condições específicas, como por meio de negociação coletiva de trabalho (Art. 114, parágrafo 1º, CF), de mediação (Art. 11 da Lei 10.192/2001) e de conciliação extrajudicial (Arts. 625-A a 625-H da CLT, versando sobre as Comissões de Conciliação Prévia e Arts. 855-B e seguintes, versando sobre o acordo extrajudicial homologado judicialmente).

---

<sup>24</sup> Neste sentido tem-se a CLT, Art. 9º, 444 combinados com a CF, Art. 7º.

Fora destas hipóteses tem-se que as partes que desejem transacionar verbas trabalhistas terão de fazê-lo judicialmente, o que exige, portanto, o início de uma demanda.

Observe-se que até mesmo a chamada “conciliação extrajudicial” exige homologação em juízo<sup>25</sup> pelo que, formalmente, corresponde à denominação atécnica. Ademais, a única forma de se firmar um acordo definitivo que impossibilitaria o empregado de apresentar nova insurgência posterior é incluindo no termo de acordo uma cláusula de quitação geral pelo contrato de trabalho, todavia isso apenas é possível na negociação efetivada em câmara de conciliação prévia ou judicialmente.

O incentivo posto pela norma é de que, mesmo quando haja possibilidade de transação fora da esfera judicial, as partes tenderão a dar início ao litígio, para apenas transacionar em juízo, o que garantiria segurança para transação, mas, em contrapartida, ocasionaria o surgimento de custos para o Estado.

Para visualização do argumento, sugere-se comparação do volume de transações efetuadas na justiça trabalhista com aquelas efetuadas na justiça comum. Enquanto a primeira impõe todos os óbices aqui expostos, a segunda pressupõe que partes capazes serão aptas a livremente realizar acordos, sendo desnecessária ingerência estatal sobre cada situação; espera-se, assim, um volume muito maior de transações em processos trabalhistas do que nos cíveis, e é isto que a média histórica demonstra<sup>26</sup>:

- a) Em 2015, 5,23% dos processos cíveis redundaram em acordos, em comparação a 26,17% na esfera trabalhista.
- b) Em 2016, 7,42% dos processos cíveis redundaram em acordos, em comparação a 26,11% na esfera trabalhista.
- c) Em 2017, 7,57% dos processos cíveis redundaram em acordos, em comparação a 26,41% na esfera trabalhista.

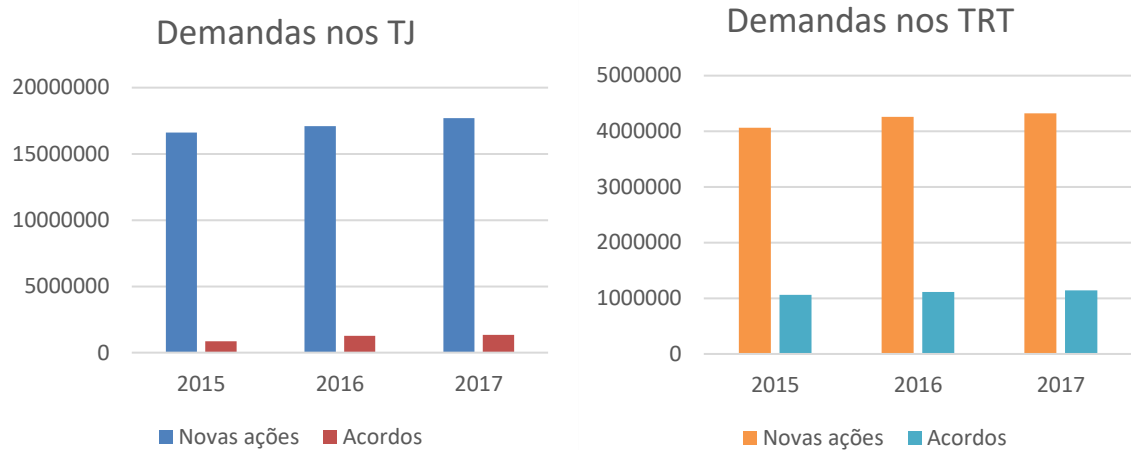
---

<sup>25</sup> Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.  
[...] Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença.  
Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados.  
Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

<sup>26</sup> Comparação efetuada entre total de novas ações excluídos processos criminais no TJ e no TRT, e total de sentenças homologatórias de acordos no 1º grau (CNJ, 2019a).

De forma visual tem-se o seguinte:

Gráfico 1 - Comparação do número de transações judiciais efetuadas nos TJs e nos TRTs (CNJ, 2019)



Fonte: Elaboração do autor a partir de dados do CNJ, 2019a.

É possível, e provável, que existam mais acordos na justiça trabalhista por ser impossível que estes sejam feitos, de forma ampla e irrestrita, extrajudicialmente. Como não existe controle e auditoria sobre os números das mediações e conciliações extrajudiciais, torna-se impossível, *a priori*, construir análise objetiva sobre o impacto destas na estrutura geral, pelo que apenas é possível analisar os números dos acordos judiciais e das homologações de acordos extrajudiciais, para deles presumir o comportamento geral dos litigantes.

Salama, Carlotti e Yeung ainda apontam outro incentivo à litigância: a taxa de correção da dívida trabalhista. O argumento por eles suscitado é de que para “os devedores – no geral, empregadores – a taxa de juros que corrige o débito trabalhista é mais baixa do que o seu custo de oportunidade. Vale mais a pena quitar outras dívidas, realizar investimentos ou consumir recursos do que quitar as dívidas trabalhistas” (SALAMA; CARLOTTI; YEUNG, 2019, p. 6). O argumento é válido e real, mas sua apreciação deve observar os termos das Súmulas 200 e 211 do TST:

Súmula nº 200 do TST

JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Os juros de mora incidem sobre a importância da condenação já corrigida monetariamente.

Súmula nº 211 do TST

JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. INDEPENDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL E DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Os juros de mora e a correção monetária incluem-se na liquidação, ainda que omisso o pedido inicial ou a condenação.

Tanto a correção monetária como os juros de mora devem incidir sobre o valor total da condenação, mesmo que não tenham sido pedidos em inicial. O Art. 879, §7º, da CLT<sup>27</sup>, estabelece que a correção monetária a ser aplicada é a Taxa Referencial (TR)<sup>28</sup>. Já o §1º, do Art. 39, da Lei 8.177/1991<sup>29</sup>, estabelece que os juros moratórios correspondem à 1% ao mês. Em resumo, é possível que o empregador encontre destinações mais valorosas para seu dinheiro do que a quitação de débitos trabalhistas; todavia, esta deve ser maior que o somatório dos juros moratórios e da correção monetária acima indicados.

Ao optar por transacionar ou não, tem-se que as partes ponderam os custos e benefícios em cada situação. Assim, havendo aumento dos custos para se efetuar uma transação (os custos transacionais) haverá também desestímulo para que ocorra e incentivo à litigiosidade<sup>30</sup> (SHAVELL, 1982, p. 338; MENELL, 1983, p. 43), o que ganha barreiras quase intransponíveis diante da ampla concessão do benefício da justiça gratuita, da popularização dos contratos de risco com advogados, do problema agente-principal e da regra geral pela qual acordos extrajudiciais não concedem quitação ampla e irrestrita ao contrato de trabalho.

O panorama geral indica que ambas as partes possuem incentivos a litigarem. O que ocorre tanto pela insegurança e limitações impostas às transações extrajudiciais, como pela correção aplicada aos débitos trabalhistas e pela possibilidade de redução dos custos esperados pelo empregado na demanda.

<sup>27</sup> § 7º A atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial será feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.

<sup>28</sup> Existem decisões que substituem o uso da TR pelo IPCA-E, das quais cite-se a decisão do TST no Recurso de Revista 7-17.2016.5.04.0641; entretanto, este posicionamento ainda não é pacífico.

<sup>29</sup> Art. 39. Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento.

§ 1º Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no caput, juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados pro rata die, ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação.

<sup>30</sup> Maiores considerações sobre o assunto serão feitas no item 3.5.4



### 1.3.4 Bem público e externalidades

A estrutura de incentivos do empregado pode ser modificada em decorrência de fatores relacionados ao contrato de trabalho (internos) e de fatores exógenos a esta relação (externos). Os benefícios e custos acima apontados se referem aos fatores internos, eles decorrem da própria relação de emprego, mas, para além destes, existem fatores externos que devem ser considerados.

Voltemos nossa atenção a uma jurisprudência que se consolidou. Para que isto ocorra são necessárias várias decisões, em demandas individuais, reiterando as mesmas conclusões. Ocorre que os litigantes destas demandas individuais não tendem a se preocupar com os efeitos para além do processo, seu foco e interesse é pontual e observa apenas o bem da vida posto em debate. Mas, independente de qual seu foco e interesse, esta demanda individual pode gerar um resultado que, diretamente, influencia outros integrantes da sociedade. Em última instância, o próprio empregado se beneficiou dos resultados das demandas que o precederam.

Se o processo judicial fosse inteiramente custeado pelos litigantes, estar-se-ia diante do que pode ser denominado “externalidade positiva”<sup>31</sup>, eis que outros integrantes da sociedade colheriam benesses do litígio no qual não atuaram e nem custearam. Ocorre que este não é o caso do judiciário brasileiro. Dados do CNJ (2019a) apontam para o fato de que, em 2017, cada demanda trabalhista gerou um custo médio de R\$ 4.230,41 (quatro mil, duzentos e trinta reais e quarenta e um centavos)<sup>32</sup>, todavia a arrecadação média por processo corresponde a R\$ 854,83 (oitocentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e três centavos) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018). A existência de um excedente médio de R\$ 3.375,58 (três mil, trezentos e setenta e cinco reais e cinquenta e oito centavos) por processo demonstra que o Estado brasileiro ativamente decide arcar e incentivar a existência de litígios trabalhistas<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Mas-Colell, Whinston e Green definem uma externalidade como ocorrendo sempre que o bem-estar de um consumidor ou as possibilidades de produção de uma empresa são diretamente afetadas pelas ações de outro agente na economia. No original: “*An externality is present whenever the well-being of a consumer or the production possibilities of a firm are directly affected by the actions of another agent in the economy*” (MAS-COLELL; WHINSTON; GREEN, 1995, p. 352)

<sup>32</sup> Em 2013 foram 3.959.061 novas demandas distribuídas e um total de R\$ 16.964.380.371 de despesas totais. Em 2014 foram 3.992.768 novas demandas distribuídas e um total de R\$ 17.199.950.402 de despesas totais. Em 2015 foram 4.061.374 novas demandas distribuídas e um total de R\$ 17.990.187.113 de despesas totais. Em 2016 foram 4.262.066 novas demandas distribuídas e um total de R\$ 17.416.176.974 de despesas totais. Em 2017 foram 4.321.842 novas demandas distribuídas e um total de R\$ 18.283.148.816 de despesas totais.

<sup>33</sup> Os números são condizentes com os modelos apresentados por Shavell (1982) e Kaplow (1986).

Se considerarmos que o valor investido reflete a prioridade estabelecida pelo Estado, tem-se por enaltecida a importância dada à Justiça do Trabalho, eis que, p.e., as despesas com a Justiça Estadual, no mesmo período, resultaram em um custo médio por processo de R\$ 2.581,00 (dois mil, quinhentos e oitenta e um reais), com uma arrecadação média de R\$ 935,27 (novecentos e trinta e cinco reais e vinte e sete centavos) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019a). Ou seja, para os processos da Justiça Estadual, o custeio estatal equivale a menos de três vezes o efetivado pelos litigantes.

Considerando o caráter de bem público, já mencionado na seção 1.1, faz sentido o custeio do Estado para a atuação judiciária, de modo que a dificuldade maior reside em saber qual seria o importe do subsídio ideal para a situação. A melhor forma de fazê-lo seria estimar o benefício gerado pelo bem público para cada integrante da sociedade, mas, hoje, não são conhecidos estudos que apontem esta estimativa de forma objetiva. A escolha pública estabeleceu como resposta que ideal seria arcar com quatro vezes mais do que os próprios litigantes, e isto em cada processo<sup>34</sup>. Diante da ausência de pesquisas objetivas, tem-se uma das seguintes opções: ou o Estado presumiu que os benefícios do litígio teriam esse mesmo alcance para além da demanda, ou, fez uma escolha arbitrária, que pode, ou não, redundar em desperdício.

Observe que Estado brasileiro subsidia 80% dos custos processuais em favor de cada litigante trabalhista e isto mesmo quando não é concedida à parte sucumbente o benefício da justiça gratuita. A consequência para estrutura de incentivos, até aqui discutida, é que existe uma decisão estatal em reduzir os custos das demandas para as partes, o que torna, a estas, mais fácil alcançar um valor positivo no retorno esperado e, assim, incentiva a formação de novas demandas.

Passemos agora a apreciar se, e como, a Reforma Trabalhista alterou a estrutura de incentivos dos litigantes, notadamente quanto aos custos e benefícios esperados nos momentos iniciais da demanda.

---

<sup>34</sup> Os números chamam a atenção. Apenas em 2017 foram 4.321.842 casos novos (Conselho Nacional de Justiça, 2019), com tendência de constante crescimento. Em 2016 foram 4.262.066 novos casos e em 2015 foram 4.061.374.

## 1.4 OS EFEITOS DA REFORMA TRABALHISTA

A forma de concessão do benefício da justiça gratuita, as limitações impostas à realização de acordos extrajudiciais e o alto investimento efetuado pelo estado na justiça trabalhista<sup>35</sup> correspondem a incentivos estatais à litigância, todavia essa constatação parece não condizer com o anseio conciliador demonstrado pela norma<sup>36</sup>, sendo uma possível consequência não prevista pelo legislador, mas previsível em decorrência dos incentivos criados.

Até novembro de 2017 estas considerações apenas poderiam ser apreciadas dentro de abstrações ou por meio de comparações imperfeitas com paralelos internacionais. Todavia, a Reforma Trabalhista (RT) redundou em números que são compatíveis com a teoria.

A RT trouxe mudanças em diversos temas, mas quanto à estrutura de incentivos, até aqui demonstrada, ganham destaque as mudanças que geram custos adicionais ao processo (tais como a implantação dos honorários de sucumbência e a imposição de penalidade para o não comparecimento em audiência), a possibilidade de homologação de acordos extrajudiciais e a criação de limitações para concessão da justiça gratuita. Todas estas mudanças impactam os pontos que durante todo este capítulo foram apreciados como facilitadores da litigância, ou seja, sua alteração deveria induzir a uma redução do número de novos litígios.

Na seção 1.3.2.1 foram analisadas as consequências dos honorários de sucumbência sobre a estrutura de incentivos do empregado, tendo sido destacado que antes da RT era um custo inexistente. Assim, com a atual possibilidade desta condenação, tem-se que, para obtenção de saldo positivo no “retorno esperado”, faz-se necessário um maior “benefício esperado” do que aquele que se esperaria antes da RT.

Outra mudança imposta foi a inclusão dos parágrafos 2º e 3º no Art. 844, da CLT, segundo os quais, a ausência do reclamante à audiência implicará no arquivamento do feito e condenação ao pagamento de custas processuais, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, estando vedado o ingresso com nova demanda até que seja satisfeita essa obrigação:

---

<sup>35</sup> Em comparação com a justiça estadual e conforme visto na seção anterior.

<sup>36</sup> Como exemplos deste anseio, citem-se a obrigatoriedade de tentativa de conciliação ao início e final da instrução, a realização de habituais campanhas de conciliação, a criação e manutenção do CEJUSC e a inclusão da audiência de conciliação obrigatória no CPC.

Art. 844 - O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato.

[...] § 2º Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável.

§ 3º O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda.

Este custo adicional será melhor apreciado no terceiro capítulo, ao se abordar a questão dos atuais empecilhos à realização de desistência estratégica e seus desdobramentos; por ora basta mencionar que é um custo antes inexistente.

A aceitação de acordos extrajudiciais também corresponde a uma inovação, que poderia reduzir o número de litígios; todavia, este efeito é virtualmente anulado pela necessidade de sua homologação, o que finda por manter a exigência de início de uma demanda, contratação de advogados e pagamento de custas. Os custos são ainda ampliados com a obrigatoriedade imposta pelo §1º, do Art. 855-B, da CLT <sup>37</sup>, segundo o qual um mesmo advogado não pode representar ambas as partes.

Por fim, tem-se a criação de limitações à concessão de justiça gratuita conforme disposto no já mencionado Art. 790, §§ 3º e 4º da CLT, aliada à possibilidade de incidência em novos custos (honorários e custas processuais) e às naturais incertezas decorrentes de uma recente mudança na norma, tornam-se ponto central na análise de custo/benefício para ingresso em juízo. Se as análises empreendidas até aqui estiverem corretas, tem-se que todos estes pontos tendem a gerar uma redução do número total de novas demandas e um aumento no número de transações.

Faz-se pertinente uma comparação numérica quanto aos cenários existentes antes da RT e os posteriores a esta, sendo necessário, agora, delimitar, com clareza, o marco temporal de cada um destes.

Como regra geral, nos termos da teoria do isolamento dos atos processuais (*tempus regit actum* – v. CLT, Art. 912; CPC, Arts. 14 e 1046, §2º; e CPP, art. 2º), havendo mudança em norma processual, esta será aplicada a todos os atos processuais ainda não praticados, devendo ser respeitadas as situações pretéritas já iniciadas ou consolidadas, sob a égide da lei revogada

---

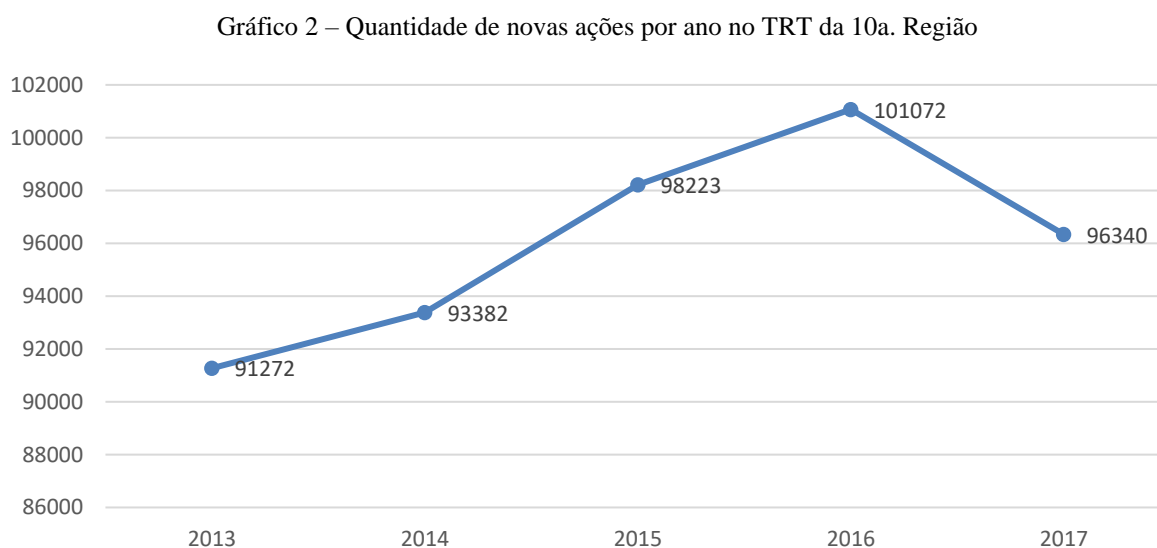
<sup>37</sup> “Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum.”

(IN 41/2018, art. 1º), sem possibilidade de retroação da lei nova (CF, art. 5º, XXXVI; CPC, art. 14; LINDB, art. 6º). Entretanto, considerando a majoração dos efeitos processuais pecuniários introduzidos pela RT, as novas normas processuais vêm sendo aplicadas apenas para os processos iniciados a partir da entrada em vigor da RT (11/11/2017), conforme sugerido no Art. 1º da IN 41/2018 do TST<sup>38</sup>.

Assim, passemos à análise dos números disponíveis, tomando-se 11/11/2017 como marco divisor do antes e depois da RT. Como o CNJ ainda não disponibilizou os números relacionados à litigância de 2018, para o período pós RT apreciarei os dados fornecidos pelo TRT da 10ª região como amostragem indicativa do quadro geral.

Quanto ao número total de novas demandas, desde 2013, havia um aumento anual gradativo, com redução apenas em 2017 (CNJ, 2019a):



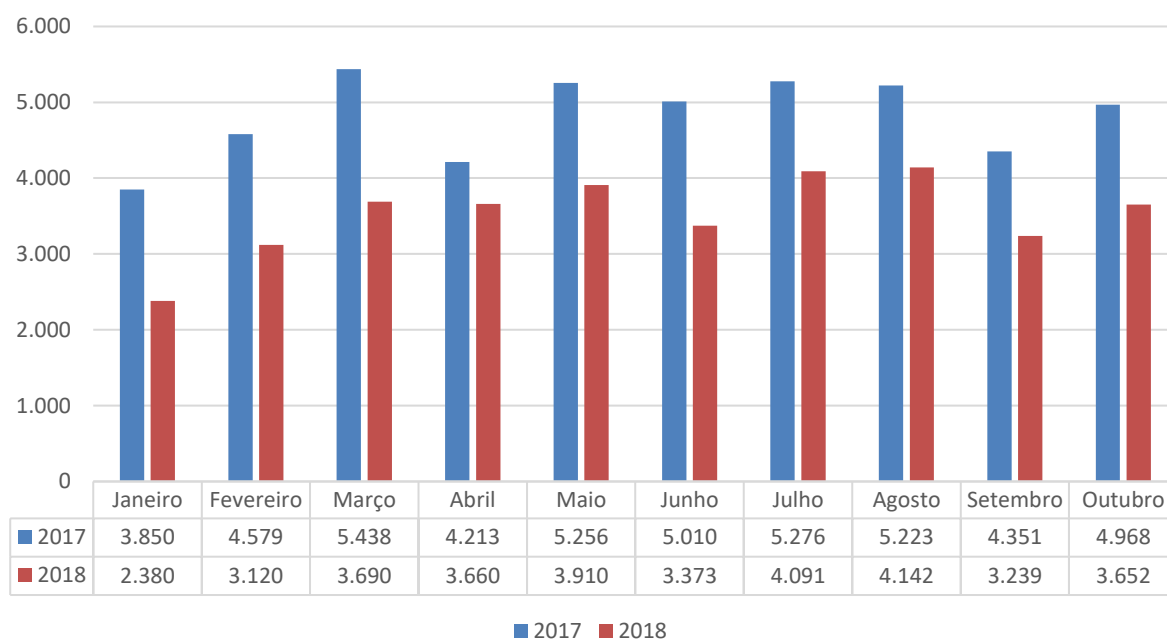
Fonte: Elaboração do autor a partir de dados do CNJ, 2019a.

Focando a atenção no ano de 2018 percebe-se uma redução em todos os meses apreciados, quando comparados com os mesmos meses de 2017 (OUVIDORIA/TRT10, 2018)<sup>39</sup>:

<sup>38</sup> “Art. 1º A aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, com eficácia a partir de 11 de novembro de 2017, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada.”

<sup>39</sup> Os números apresentados correspondem ao total de ações protocoladas por pessoas físicas nos meses mencionados, ansiando-se, assim, por filtrar eventuais demandas protocoladas por empregadores.

Gráfico 3 – Quantidade de novas ações por mês no TRT da 10a. Região



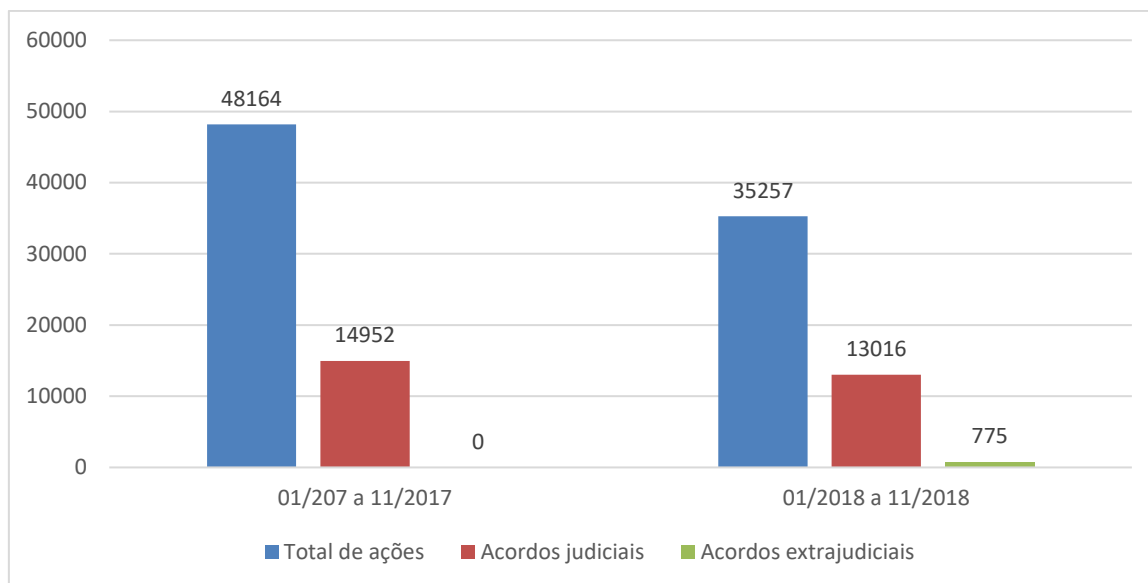
Fonte: Elaboração do autor a partir de dados do OUVIDORIA/TRT10, 2018

A despeito da redução no número total de processos, houve um aumento no valor total arrecadado, a título de custas processuais, as quais passaram de R\$ 10.835.293,52 (de janeiro a novembro de 2017) para R\$ 13.290.893,94 (de janeiro a novembro de 2018) (OUVIDORIA/TRT10, 2018).

É factível afirmar que a redução da litigiosidade observada decorreu da RT, sendo que os mesmos fatores que levariam a esta redução também deveriam redundar em um aumento do número de transações. Sobre os fatores que incentivam a transação, maiores aprofundamentos serão efetivados na seção 3.4.2, aqui cumpre apontar que o aumento do custo esperado com o litígio incentivaria o autor a aceitar acordos em valores mais baixos do que em uma situação sem este aumento.

Entre janeiro e novembro de 2017 tem-se que, em média, 31,04% das ações protocoladas por pessoas físicas junto ao TRT da 10ª Região redundaram na realização de acordos, já, após a RT esta média aumentou para 39,12% (OUVIDORIA/TRT10, 2018).

Gráfico 4 - Comparativo entre número de ações e número de acordos



Fonte: Elaboração do autor a partir de dados do OUVIDORIA/TRT10, 2018

Como esperado, apesar de haver uma queda de aproximadamente 27% no número de novos processos, esta redução foi bem menor no número de acordos, ficando em apenas 13%.

Conclui-se que a estrutura de incentivos, apreciada ao longo deste capítulo, indicou que a decisão por litigar está relacionada à apreciação, feita pelo autor, dos benefícios e custos decorrentes da demanda, sendo que a opção pelo litígio ocorrerá quando o retorno esperado for maior do que zero. Quando a RT alterou os custos esperados aguardava-se uma redução no número de novos processos e um aumento no número de transações, resultados estes observados nos números apresentados. A teoria parece ser condizente com a prática.

Até aqui, o foco esteve na estrutura de incentivos posta diante do autor, no início do litígio; no próximo capítulo será apreciado como esta estrutura é modificada ao longo da instrução probatória.

## **CAPÍTULO 2 – A PRODUÇÃO DE PROVAS**

No capítulo anterior foi apreciada a estrutura de incentivos inicial, conforme percebida pelo autor antes de ingressar com uma reclamação trabalhista; cumpre agora analisar o que ocorre com esta estrutura após o início do litígio. Neste capítulo, serão analisados os custos e benefícios existentes ao longo da instrução processual, observando como esta estrutura altera aquela antes observada, ao mesmo tempo em que se amplia o enfoque estudado para dar maior atenção ao comportamento reclamado.

Cumprido desde já esclarecer que, ao estudar os aspectos processuais da instrução probatória, tem-se que a norma aplicável em cada situação dependerá do direito material sobre o qual se funda o litígio. Por exemplo, o ônus da prova (regra processual) aplicável a uma demanda que discute a existência de um vínculo de emprego (direito material), é distinto do ônus aplicável quando a demanda versa sobre jornada junto a um empregador que possui mais de 10 empregados (direito material). Por esta razão, sempre que esta dependência for observada, também será feita a análise de custo e benefício da norma material.

Conforme mencionado no capítulo anterior, para alcance da decisão final, deverá o julgador relacionar normas (criadas pelo judiciário ou não) e fatos, sendo que a instrução processual se destina especificamente ao esclarecimento dos fatos. Neste afã, havendo divergência quanto ao ocorrido, tem-se que as provas corresponderão ao cerne do litígio. Passemos à análise da norma aplicável ao tema para, logo a seguir, apreciar os incentivos dela decorrentes.

### **2.1 ANÁLISE DA NORMA APLICÁVEL**

O procedimento probatório se dá em quatro fases sucessivas, pelas quais, primeiro, as provas serão postuladas pelas partes (Arts. 846, 847 e 848, CLT); a seguir haverá um exame de sua admissibilidade pelo julgador (Art. 370, CPC), as provas admitidas serão produzidas e, por fim, valoradas. Ao julgador é imposto o dever de conduzir o processo (Arts. 2º, 461, I e 481 do



CPC<sup>40</sup> e Art. 765 da CLT<sup>41</sup>) e de conceder decisão justa e fundamentada (Art. 852-I, §1º, CLT<sup>42</sup>), pelo que, poderá atuar ativamente na instrução. Essa atuação do juiz pode redundar na inclusão, no processo, de provas não previstas inicialmente pelos litigantes e que podem aumentar os custos por estes esperados. Em sentido oposto, também é possível que o julgador elenque os fatos tidos como incontroversos, tornando desnecessária produção de prova adicional e, assim, reduzindo os custos para os litigantes. Na seção 3.2 serão apreciados os incentivos relacionados à atuação do magistrado, por enquanto, a atenção será posta sobre a atuação de iniciativa dos litigantes.

A regra geral é que sobre cada parte recai o ônus de alegação, ou seja, cada um dos litigantes deverá, na primeira oportunidade (inicial para o autor e contestação para o réu<sup>43</sup>), apontar os fatos que fundamentam suas pretensões. De mesma sorte, cada um deverá comprovar tais alegações, sob pena de não ter acolhido o seu anseio. Esta regra geral pode ser alterada por exceção criada por norma ou por determinação do julgador, neste último caso tem-se que denominarei de “distribuição dinâmica do ônus da prova”.

Destaque-se que as menções aqui feitas ao ônus não devem ser confundidas com uma obrigação, pelo que esta produção de provas é facultativa e não pode ser imposta a outrem (ECHANDÍA, 1984, p. 194-195). Assim, a inicial deve ser apresentada conforme prazos prescricionais mencionados na seção 1.2, acompanhada do seu acervo probatório documental; já a contestação e suas provas documentais devem ser apresentadas até a primeira audiência. As demais provas (tais como periciais e testemunhais) serão produzidas ao longo da fase de conhecimento.

Antes de aprofundarmos as questões relativas ao ônus da prova, voltemos nossa atenção para a apresentação da minuta contestatória. Quando a tramitação dos processos se dava de

---

<sup>40</sup> Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

[...]

Art. 461. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte:

I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas;

[...]

Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

<sup>41</sup> Art. 765 - Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

<sup>42</sup> Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório

§ 1º O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

<sup>43</sup> Para os fins deste trabalho faz-se desnecessária análise dos casos de intervenção de terceiro.

forma física, o reclamado poderia protocolar sua defesa de forma verbal ou escrita na audiência (Art. 847, da CLT<sup>44</sup>). Não existia proibição para o protocolo antes do início da audiência, mas isto revelaria ao autor a estratégia e documentos da defesa. Com a redução da assimetria de informação entre as partes, o autor teria a possibilidade de não comparecer à audiência, o que redundaria no arquivamento do feito e poderia lhe evitar custos indesejados.

Com a implantação do PJe formou-se celeuma no tocante a esta estratégica ocultação dos termos da defesa, eis que os seguintes posicionamentos poderiam ser defendidos: (i) a contestação deveria ser apresentada “sob sigilo”, (ii) ela deveria ser protocolada após início da audiência ou (iii) agora não mais haveria possibilidade do uso da antiga estratégia, a qual visaria o uso da surpresa para o alcance de anseios processuais. A primeira das posições foi a que findou por se solidificar, restando expressa na Resolução 154/2015 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (2015). O resultado é que, hoje, o reclamado permanece podendo ocultar sua defesa e documentos. Este comportamento não gera custo adicional ao empregador, mas pode gerar ao empregado. Aumentando-se os possíveis custos do empregado, tornar-se-á mais difícil, a este, alcançar saldo positivo em seu retorno esperado, pelo que a norma incentiva a manutenção da assimetria de informações, entre os litigantes, pelo menos até o início da audiência. Espera-se que isto deva redundar em desincentivo ao início do litígio e incentivo à transação antes da primeira audiência<sup>45</sup>.

Voltando para as provas, tem-se que o CPC constrói expresso vínculo entre estas e a verdade, tanto no artigo 319 (“A petição inicial indicará: [...] VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;”), como no artigo 369 (“As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”).

É possível construir debate a respeito da natureza desta verdade, no contraste conhecido como “verdade real/material” e “verdade formal/jurídica/processual”, sendo que esta última

---

<sup>44</sup> Art. 847 - Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes.

Parágrafo único. A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência.

<sup>45</sup> Maiores aprofundamentos a respeito da desistência estratégica pelo autor serão abordados na seção 3.4.2. Com relação aos incentivos para o término do litígio por meio de uma transação confira a seção 3.5.

corresponde a uma “fixação formal dos fatos por parte do juiz, independentemente de sua relação com o ocorrido” (BELTRÁN, 2005, p. 65).

As críticas opostas à defesa da verdade formal tendem a girar em torno de argumentos subjetivos e filosóficos a respeito de justiça, ética e moral. Todavia, a legislação brasileira aplicável ao tema parece seguir por caminhos mais pragmáticos, a título de exemplo citem-se os Arts. 374 e 375, do CPC<sup>46</sup> e o 852-D, da CLT<sup>47</sup>, segundo os quais a própria norma estabelece presunções fundadas na experiência comum, na proporcionalidade a ser aplicada pelo julgador e nas disposições previstas em lei.

Em termos objetivos, o fato é que, havendo o julgamento do mérito da lide, o julgador tem que apresentar uma solução, não podendo se abster de fazê-lo por ter tido dúvidas sobre os fatos. É possível, portanto, que a decisão finde por se fundamentar em uma apreensão da realidade que não corresponda, com perfeição, à verdade real. Assim, tem-se que a norma parece estabelecer a verdade real como uma meta, mas admitir a construção de uma verdade formal que seja o mais próximo possível daquela, e esta informação redundante em uma importante conclusão: a norma é racional e realista ao dispor que nem toda decisão final corresponderá à realidade dos fatos, o que garante a certeza de que haverá uma solução para o litígio, mas, o possível distanciamento da verdade real redundante em aumento dos riscos e custos das partes.

E, em complemento, os artigos 370, do CPC (“Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”) e 765, da CLT (“Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”) impõe sobre o julgador um dever ativo de esclarecimento quanto aos ocorridos.

Uma vez que a prova é constituída e apresentada nos autos, ela é por este adquirida (CPC, Art. 371), mesmo que contrária aos anseios daquele que a produziu, tendo por

---

<sup>46</sup> Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Art. 375. O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

<sup>47</sup> Art. 852-D. O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

destinatário primeiro o julgador, mas podendo servir aos interesses de quaisquer que tenham acesso aos autos.

Como já afirmado, as provas se relacionam com os fatos ocorridos, mas é importante destacar que nem todo fato precisa ser provado, conforme expressa disposição do Art. 374, do CPC, o qual elenca que os fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, os admitidos no processo como incontroversos e aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade<sup>48</sup>. Em linha oposta, alguns fatos, mesmo que não contestados, exigirão provas, tais como os para os quais não se admite confissão, e aqueles que dependem de instrumento que a lei considerar da substância do ato (Art. 341, do CPC<sup>49</sup>).

De modo a possibilitar a criação de presunções factuais, assim como a servir de critério para julgamento e de orientação aos litigantes, tem-se que o ônus da prova é legalmente definido pelo Art. 818, da CLT, o qual, atualmente, corresponde à transcrição quase que literal do Art. 373, do CPC. Eis o texto da CLT:

Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

§ 3º A decisão referida no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

<sup>48</sup> Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

<sup>49</sup> Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:

I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;

III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

O texto do Art. 818 da CLT corresponde à regra geral aplicável ao ônus da prova dos litigantes; todavia, conforme dito no início desta seção, essa regra pode ser alterada por exceção criada por norma ou em decorrência da distribuição dinâmica do ônus da prova.

Sobre a alteração decorrente de norma, a CLT estabelece que o ônus da prova será invertido e, portanto, atribuído ao empregador, nas seguintes situações: (i) celebração de acordo para prorrogação de jornada (Art. 59), (ii) trabalho externo incompatível com a fixação de horário (Art. 62, I), (iii) quanto à jornada de trabalho, quando o empregador possuir mais de 10 empregados (Art. 74, §2º), (iv) concessão de férias (Art. 135), (v) pagamento de salários (Art. 464), (vi) prorrogação de contrato por prazo determinado (Art. 447, 451 e 452), (vii) pedido de demissão (Art. 477, §1º) e (viii) pagamento de verbas rescisórias (Art. 477, §1º e 2º).

Fora destas ocasiões, o TST também estabelece, por meio de súmulas, a inversão do ônus da prova para comprovar (i) que o empregado não satisfaz os requisitos para concessão do vale transporte (súmula 460), (ii) o término do contrato de trabalho (súmula 212) e (iii) que não ocorreu dispensa discriminatória com o empregado portador de doença grave (súmula 443).

No que tange à distribuição dinâmica, tem-se que o julgador pode alterar o ônus de prova disposto em lei, atribuindo-o à parte que considera mais apta a tal. Percebe-se que, caso isto ocorra, qualquer dos litigantes pode receber uma atribuição antes inexistente, o que pode gerar novos custos e, assim, alterar a estrutura de incentivos previamente existente.

No tocante aos meios de provas, algumas considerações devem ser tecidas a respeito do depoimento pessoal e das provas testemunhal, documental e pericial, as quais findam por afetar a estrutura de incentivos dos litigantes.

Sobre a oitiva de qualquer das partes, esta pode se dar por (i) interrogatório (CLT, Art. 848), o qual é de iniciativa do juiz e tem o propósito de esclarecer os fatos da causa, ou por (ii) depoimento pessoal (CPC, Art. 385; CLT, Arts. 820 e 848; TST, Súmula 74), o qual visa provocar sua confissão, conforme §1º, do Art. 385 do CPC<sup>50</sup>. Neste mesmo sentido tem-se a súmula 74, do TST:

Súmula 74 do TST – Confissão.

I – Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor.

---

<sup>50</sup> § 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena.

II – A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (arts. 442 e 443 do CPC de 2015 – art. 400, I, CPC de 1973), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores.

III – A vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.

Quanto à prova testemunhal, sua solicitação é dever da parte interessada; todavia, não há obrigatoriedade para indicação de nomes ou objeto do testemunho antes da audiência (CLT, Art. 825, 845 e 852-H §2º<sup>51</sup>). É possível, à parte contrária, contraditar a testemunha, alegando sua incapacidade, impedimento ou suspeição (CPC, 457, §1º<sup>52</sup>); entretanto, se a testemunha negar o fato apresentado na contradita, deverá a parte que alega, na própria audiência, provar seu argumento com documentos ou testemunhas.

A prova documental necessariamente deve ser apresentada na primeira oportunidade disponível, atendendo ao ônus estabelecido pelo Art. 818 da CLT<sup>53</sup>, com exceção para fatos alegados durante o processo ou para documentos novos e pertinentes ao caso (súmula 8 do TST<sup>54</sup>).

Por fim, tem-se a prova pericial, a qual pode ser obrigatória ou facultativa. As obrigatórias decorrem de exigência legal (Art. 195, CLT<sup>55</sup>) ou da exigência de conhecimento

<sup>51</sup> Art. 825 - As testemunhas comparecerão a audiência independentemente de notificação ou intimação.

[...]

Art. 845 - O reclamante e o reclamado comparecerão à audiência acompanhados das suas testemunhas, apresentando, nessa ocasião, as demais provas.

[...]

Art. 852-H. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente.

§ 2º As testemunhas, até o máximo de duas para cada parte, comparecerão à audiência de instrução e julgamento independentemente de intimação.

<sup>52</sup> Art. 457. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo.

§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.

<sup>53</sup> Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

<sup>54</sup> Súmula nº 8 do TST. Juntada de documento. A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença.

<sup>55</sup> Art. 195 - A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho.

técnico (Art. 464, §1º, CPC<sup>56</sup> e Art. 852-H, §4º, CLT<sup>57</sup>), já as facultativas se prestam aos esclarecimentos que não se enquadrem no rol das obrigatórias. Em qualquer que seja o caso, é possível substituir a realização da perícia por prova técnica simplificada, prova emprestada ou pareceres técnicos hábeis a comprovar o fato controverso.

Em resumo, destaquem-se os pontos abaixo elencados, os quais guardam maior influência sobre a estrutura de incentivos a ser analisada no próximo tópico.

- a) A instrução processual constrói uma verdade formal fundada nas provas apreciadas.
- b) Prescindem de provas os fatos notórios, confessos, incontroversos e/ou em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.
- c) Necessitam de provas os fatos que não comportem confissão, não acompanhados de instrumento exigido por lei e/ou que contradigam o conjunto da defesa.
- d) Uma vez que o juiz pode atuar ativamente na produção de provas, inclusive invertendo o ônus normativamente estabelecido, resta impossível prever, com segurança, o resultado e os custos da instrução processual.
- e) O depoimento pessoal é ato a ser requerido pela parte adversa e visa provocar a confissão.
- f) Não existe obrigatoriedade para apresentação de rol de testemunhas ou temas que estas se destinarão a comprovar, sendo que eventual contradita deverá ser instruída na audiência em que foi suscitada.

Compreendido o modelo normativo aplicável à instrução processual, faz-se possível identificar os incentivos existentes, as consequências deles advindas e as alternativas eventualmente indicadas para alcance de uma estrutura processual socialmente mais benéfica e eficiente.

---

<sup>56</sup> Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

§ 1º O juiz indeferirá a perícia quando:

- I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico;
- II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
- III - a verificação for impraticável.

<sup>57</sup> Art. 852-H. Todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento, ainda que não requeridas previamente.

§ 4º Somente quando a prova do fato o exigir, ou for legalmente imposta, será deferida prova técnica, incumbindo ao juiz, desde logo, fixar o prazo, o objeto da perícia e nomear perito.

## 2.2 ESTRUTURA DE INCENTIVOS

No capítulo antecedente foram abordados os custos e benefícios que compõem a estrutura de incentivos do autor (empregado) antes do início da demanda. Agora deve-se considerar que o processo já existe, logo, o autor acredita que seu retorno esperado é positivo, assim como que, em seu instante inicial, há uma assimetria de informação entre o empregado e o empregador, a qual será reduzida após a apresentação da contestação acompanhada de seus documentos.

Também é importante perceber que a triangulação processual gera custos e benefícios que não são apreciados pelos litigantes, mas que afetam a sociedade. A previsibilidade dos julgamentos, tratada na seção 1.1, é um exemplo de benefício social advindo dos processos, já os subsídios para o custeio das demandas, mencionados na seção 1.3.4, correspondem a exemplo de custo social.

Como o julgador deve conduzir o processo observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade e a eficiência (Art. 8º, do CPC<sup>58</sup>), tem-se que, ao aplicar o direito ao caso concreto, ele deve fazê-lo ao menor custo possível, sendo este o conceito de eficiência a ser doravante utilizado.

### 2.2.1 Visão geral

De início é importante destacar que a norma processual brasileira estabelece que o resultado da instrução processual é uma sentença que se fundamenta em uma verdade formal baseada nas provas apreciadas, ou seja, uma vez iniciada a demanda judicial o resultado desta não estará preso aos fatos conforme ocorridos, mas sim à verdade conforme demonstrada nos autos.

Essa constatação não desmerece a decisão ou o processo, dado que em casos complexos tem-se que o estabelecimento de uma verdade formal finda por economizar recursos e atender aos anseios de todos os litigantes. Como exemplo, cite-se um processo no qual tenha sido

---

<sup>58</sup> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.



reconhecido o dever do empregador ao pagamento de horas extras efetuadas, pelo empregado, ao longo de cinco anos e cujo registro fosse manual e com variações diárias. A liquidação deste pedido, de modo a atender à verdade real, exigiria uma detalhada análise e contabilidade de todos os registros do período concedido, o que geraria custos tanto para apuração como para eventual revisão. Se o julgador estabelece, em decisão, uma média da jornada diária, cria-se uma verdade formal que reduz os custos de todos os litigantes.

Ocorre que esta verdade formal também serve como incentivo à alteração do comportamento das partes a depender do contexto e resultados desejados. Iniciado o litígio, tem-se por formado um jogo no qual cada jogador anseia por criar um cenário (uma verdade formal) que lhe seja mais benéfico. Percebe-se que o objetivo não é, necessariamente, demonstrar a verdade real; todavia, é possível que esta corresponda ao cenário pretendido pelo jogador. A instrução probatória será, então, construída com este anseio em mente.

De modo a aumentar seus benefícios e reduzir seus custos, os litigantes apreciam cada fase (etapa) do jogo (processo), de maneira racional e estratégica. Assim, ao constatar que prescindem de provas os fatos notórios, confessos, incontroversos e/ou em cujo favor milite presunção legal de existência ou de veracidade, para estes tenderão a não constituir provas, reduzindo, seus custos. Por exemplo, uma vez que existe presunção legal de que todo contrato de emprego é formado por prazo indeterminado, tem-se por desnecessária a confecção, guarda e apresentação de documentos que comprovem isso.

Ocorre que, no caso concreto, estabelecer os fatos que prescindem de provas não corresponde a uma tarefa simples, principalmente, porque existe uma assimetria de informação entre o litigante e o julgador. Conforme Cavalcante e Gico Júnior:

Nesse ponto processual, o autor não sabe que fatos ou argumentos alegados por ele o magistrado acatou como verdadeiros ou mesmo são incontroversos. O réu, por sua vez, não sabe que fatos ou argumentos jurídicos alegados por ele o magistrado acatou como verdadeiros ou mesmo são incontroversos. Já o magistrado, no exercício de sua função adjudicatória, não possui todas as informações necessárias para julgar o mérito da questão. Todos os três agentes se beneficiariam de saber a opinião do magistrado, mas tradicionalmente, a essa altura, ele ainda não externou sua opinião (CAVALCANTE; GICO JÚNIOR, 2017, p. 9).

Neste instante, uma falha de valoração da prova, pelo litigante, poderia levar a uma derrota quanto ao pedido relacionado, de modo que a conduta racional é tentar produzir provas relacionadas a todos os argumentos apresentados, mesmo que de forma redundante. Esta

instrução probatória gera custos às partes (p.e. com honorários do perito, deslocamento à audiência etc.) e ao judiciário (p.e. com despesas de pessoal, tais como a remuneração dos servidores, e com despesas operacionais, tais como energia, água e manutenção do fórum).

A produção de provas redundantes corresponde a desperdício de recursos, logo é ineficiente. Como no processo trabalhista não existe a figura do despacho saneador descrito no Art. 357, do CPC, tem-se que a lei não estabelece meios para reduzir tal desperdício.

Além da assimetria quanto à valoração das provas, tem-se que a possibilidade de inversão dinâmica do ônus da prova gera uma imprevisibilidade adicional ao processo trabalhista. Quando cada parte sabe, *ex ante*, o ônus de prova que lhe é imposto elas podem prever seus possíveis custos e construir estratégia com estes condizente. Todavia quando este ônus pode ser alterado a qualquer momento pelo julgador, tem-se que a estratégia do litigante deve ser fundada no pressuposto de que poderá ter que produzir todas as provas relacionadas ao objeto da demanda. Logo, tem-se mais um incentivo à produção de provas redundantes.

Voltemos, agora, nossa atenção para cada uma das possíveis provas a serem produzidas, iniciando pelo depoimento pessoal. Uma vez que este deve ser requerido pela parte adversa e tem o único objetivo de provocar a confissão (Art. 385, §1º, do CPC), o incentivo apresentado é que o mesmo sempre seja requerido, eis que corresponde a ato que não impõe custos ou riscos ao requerente, mas pode redundar em benefício.

Com relação à oitiva de testemunha, nenhum dos litigantes tem a capacidade de prever o conteúdo do depoimento, o que impossibilita uma clara avaliação, antes de sua oitiva, dos seus efeitos sobre a convicção do julgador. Esta imprevisibilidade pode ocasionar produção de prova redundante, assim como incentivar ao blefe visando modificações no valor de eventual proposta de acordo. Uma forma de possível blefe seria a simples presença de pessoas acompanhando o empregado no dia da audiência, como o empregador não teria como saber se estas seriam testemunhas e qual conhecimento de causa possuem, tenderia a aumentar o valor de sua proposta de acordo.

Esta imprevisibilidade poderia ser reduzida se os litigantes fossem obrigados a apresentar, previamente, o rol de testemunhas a serem ouvidas, assim como o conteúdo a ser provado por cada depoimento. Percebe-se que estas exigências não possuem custos significativos e concederiam benefícios tanto aos litigantes como ao julgador, permitindo-lhes uma clara avaliação prévia dos custos e benefícios das oitivas.

Ainda sobre as testemunhas, faz-se oportuno apontar que a norma cria um padrão diabólico ao exigir a comprovação da contradita na própria audiência de sua apresentação, eis que é impossível a parte prever, *ex ante*, a identidade das testemunhas que comparecerão em juízo a pedido da parte adversa. Não sabendo quem testemunhará, não poderá investigar, e nem colher provas, da existência de incapacidade, impedimento ou suspeição hábil a lhe prejudicar (CPC, 457, §1º<sup>59</sup>). O resultado é o surgimento de incentivos para que os litigantes ignorem as vedações legais para as testemunhas, desde que, com seus depoimentos, possam se beneficiar, podendo, p.e., convidar amigos pessoais a deporem em seu favor, e, com isso, ter mais chances de construir uma verdade formal que lhe seja mais benéfica.

A última das modalidades de prova que influenciam a estrutura de incentivos desta fase é a pericial. Conforme visto, no capítulo anterior, a parte sucumbente no objeto da perícia arcará com seus custos, pelo que existem incentivos para se evitar sua produção na medida em que esta tenda a lhe prejudicar. Todavia esta preocupação deixa de existir caso o requerente seja beneficiário da justiça gratuita. Nesta hipótese, e dada a ausência de convicção quanto ao valor das provas já apresentadas, a parte beneficiada pela justiça gratuita possui incentivos para insistir na prova pericial, mesmo quando esta possa ser redundante ou inconclusiva, eis que não arcará com seus custos, mas pode obter benefícios.

Outro cenário possível é o uso da prova pericial como mecanismo para retardar a resolução do feito. Expediente este que poderia ser usado por litigante que, p.e., esteja se beneficiando dos efeitos de uma tutela antecipada a qual tenha chances de ser anulada em sede de sentença. Outra hipótese é que o litigante tenha investido o eventual objeto da condenação de modo que lhe gere mais benefícios que o possível ônus da perícia. Nestes dois exemplos a análise funda-se em uma simples comparação entre os custos decorrentes da perícia e os benefícios alcançados com o tempo adicional ganho.

Por tais motivos, e quanto a este ponto, o modelo trabalhista opta pelo meio mais eficiente ao conceder ou negar a justiça gratuita apenas quando da sentença, eis que já encerrada a fase de instrução processual. Ocorre que, parte do efeito benéfico desta escolha é anulada pelas presunções de necessidade estabelecidas pela súmula 463 do TST<sup>60</sup> e pelo Art. 790, §3º

---

<sup>59</sup> Art. 457. Antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo.

§ 1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.

<sup>60</sup> Súmula nº 463 do TST

da CLT<sup>61</sup>, ou seja, para todos os que declarem hipossuficiência econômica e para os que ganhem menos de 40% do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Chama a atenção o fato de que o conteúdo da Súmula 463 amplia a presunção do §4º, do Art. 790 da CLT, dispensando a comprovação da insuficiência de recursos e concedendo o benefício a todos que o arguam. Relembre-se que aqueles que ganham tal benefício são dispensados do pagamento de custas processuais e de honorários (periciais, sucumbenciais e assistenciais), tornando mais fácil a existência de saldo positivo no retorno esperado e, por consequência, incentivando a litigância.

Em resumo, tem-se que, ao longo da instrução probatória, os litigantes estão conscientes de que devem construir uma verdade formal que lhe seja benéfica e que não, necessariamente, precisa corresponder à verdade real. Quando há divergência entre os fatos, objeto do litígio, esta construção se dá por meio da apreciação de provas que tendem a ser construídas de forma redundante, o que amplia os custos privados e sociais. Esta ampliação dos custos parece ser incentivada pela norma trabalhista ao criar mecanismos que aumentam a assimetria de informação entre os agentes processuais, permitem o retardo na resolução do feito, por ato de iniciativa das partes, e reduzem os custos esperados com a concessão indiscriminada do benefício da justiça gratuita.

Como não é aplicado ao processo trabalhista o despacho saneador, conforme existente no processo civil, tem-se que o único mecanismo para redução dos efeitos adversos mencionados no parágrafo acima seria o uso preciso do ônus da prova, todavia, como

---

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017.

I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

<sup>61</sup> Art. 790. Nas Varas do Trabalho, nos Juízos de Direito, nos Tribunais e no Tribunal Superior do Trabalho, a forma de pagamento das custas e emolumentos obedecerá às instruções que serão expedidas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

[...]

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

mentionado na seção 2.1, o legislador preferiu criar imprevisibilidade também neste ponto. A próxima seção se destina a aprofundar tal assunto.

### 2.2.2 O ônus da prova

As considerações até aqui tecidas demonstram que toda estrutura de incentivos relacionada à produção de provas gira em torno de dois temas: a justiça gratuita e o ônus da prova. Sobre o primeiro desses, uma análise prévia já foi construída no capítulo antecedente (seção 1.3.2) e maiores considerações ainda serão tecidas na seção 3.3; por isso cumpre, agora, focar sobre o segundo tema, iniciando-se com a questão da opção legal pela distribuição dinâmica.

#### 2.2.2.1 Distribuição dinâmica do ônus probatório

A atual redação do Art. 818, §1º da CLT<sup>62</sup> estabelece uma regra geral para o ônus da prova, também conhecida como “ônus estático”, e seu parágrafo primeiro normatiza a flexibilização da regra geral com o “ônus dinâmico”.

O parágrafo primeiro concede ao juiz expresso poder de alterar a regra geral em qualquer de quatro alternativas<sup>63</sup>, quais sejam, (i) nos casos previstos em lei, (ii) diante da impossibilidade de produzir a prova, (iii) quando esta produção for excessivamente difícil, ou (iv) quando a produção for mais fácil à parte contrária. Decidindo por alterar a regra, deve fazê-lo antes da instrução.

Destaque-se que o poder concedido ao magistrado é amplo, eis que o ônus pode ser atribuído de forma distinta da legalmente estabelecida, e subjetivo, eis que depende apenas das impressões tidas pelo magistrado para com o nível de dificuldade necessária à produção da

---

<sup>62</sup> Art. 818. O ônus da prova incumbe:

I - ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou a maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

<sup>63</sup> O claro, e repetido, uso da conjunção alternativa “ou” demonstra que se trata de quatro situações possíveis e distintas.

prova. Como não existe padrão normativo para se estabelecer o que significa “excessiva dificuldade” ou “maior facilidade”, alguns poderiam interpretar que a dificuldade ou facilidade seja capacidade técnica, poder aquisitivo para produção, ou conhecimento pessoal quanto ao tópico discutido.

Como a opção legal foi a de colocar sobre o julgador o poder quanto ao controle do ônus da prova, também lhe deu a capacidade de aumentar ou diminuir os custos privados e sociais decorrentes da instrução probatória. Como a inversão pode se dar em qualquer momento até o término da instrução processual, tem-se, como conclusão, que até este término, os litigantes que desejem estimar seus custos esperados devem fazê-lo com a possibilidade de terem que produzir todas as provas, como se possuíssem todo o ônus. Se maiores forem os custos, maior deve ser o benefício esperado para resultar em saldo positivo no retorno esperado, ou seja, enquanto persistir como comportamento imprevisível, o Art. 818, §1º da CLT deve servir como desestímulo à litigância. Como desdobramento deste raciocínio, tem-se que, se rotineiramente os julgadores impuserem o ônus da prova sobre o empregador, a ponto de este comportamento se tornar previsível, o resultado será a redução do custo esperado do empregado e um aumento no número de petições iniciais protocoladas.

Um possível uso adicional da distribuição dinâmica do ônus da prova seria o de, por meio dela, reduzir o total dos custos sociais. Sobre o tema Hay e Spier (1997) construíram análise que aponta na direção de que isto seria possível se (i) os elementos apresentados na inicial fossem suficientes para indicar a probabilidade de ganho do litígio e (ii) se os magistrados conhecessem a frequência com que os danos eventualmente narrados na inicial se concretizassem na sociedade. Esse tema será melhor abordado na seção 2.3, mas antes de aprofundar a questão dos custos sociais, ainda se faz pertinente apreciar os casos de inversão do ônus da prova e os incentivos que esta gera à ocultação e falsificação, temas das duas próximas seções.

#### *2.2.2.2 Casos de inversão do ônus da prova*

Compreendido que o ônus da prova poderá ser invertido nas hipóteses de ônus dinâmico, dentre as quais se encontra o dever de inversão nas situações legalmente definidas, passa-se agora à apreciação de cada uma dessas hipóteses. Cumprindo esclarecer que a inversão aplicável à comprovação de concessão e pagamento das férias (Art. 135, da CLT), ao

pagamento de salários (Art. 464, da CLT) à eventual prorrogação de contrato por prazo determinado (Art. 447, 451 e 452, da CLT), ao pedido de demissão (Art. 477, §1º, da CLT), à regularidade dos depósitos do FGTS (súmula 461, do TST) e ao pagamento de verbas rescisórias (Art. 477, §1º e 2º, da CLT), não geram influência sobre os custos esperados hábeis a alterar o comportamento naturalmente esperado de contratantes em geral, eis que todos estes casos devem gerar comprovação por escrito, cuja guarda é de responsabilidade do empregador e que servem a outras obrigações empresariais, tais como, escrituração contábil, regularização junto à Receita Federal/INSS e órgãos de fiscalização fiscal/trabalhista.

#### *2.2.2.2.1 Controle de jornada*

Um dos pedidos mais repetidos em demandas trabalhistas<sup>64</sup> diz respeito ao pleito por pagamentos não efetuados com relação à jornada de trabalho desempenhada pelo empregado, e isto tanto para a existência de sobrejornada, como para afronta à intrajornada e interjornadas mínimas. A regra geral afirma que o ônus da prova, em tais casos, é do empregado, exceto quando o empregador (i) apresentar cartões de ponto britânicos, (ii) possuir mais de 10 empregados (TST, súmula 338), (iii) comprovar a existência de acordo para prorrogação de jornada (CLT, Art. 59) e (iv) quando ocorrer trabalho externo incompatível com a fixação de horário (CLT, Art. 62, I), ocasiões nas quais haverá presunção de veracidade quanto à jornada descrita na exordial.

Nestas hipóteses, se durante o contrato de trabalho o empregado perceber a existência de falha em seu controle de jornada, ansiando por maximizar seus ganhos, terá incentivos a narrar, na petição inicial, uma jornada maior do que a realmente efetivada. Contra este tipo de comportamento o legislador criou a multa por litigância de má-fé, a qual pode ser aplicada quando se constatar alteração da verdade dos fatos (Art. 80, II do CPC); entretanto, estabeleceu o seu limite máximo, qual seja, até 10% do valor da causa<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> Dados do CNJ apontam para que, desde 2015, pedidos relacionados à “Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional” estão entre os 6 mais requeridos junto à Justiça do Trabalho (CNJ, 2016, p. 202; CNJ, 2017, p. 167; CNJ, 2018, p. 181).

<sup>65</sup> Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

II - alterar a verdade dos fatos;

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

Ao se estabelecer o valor máximo da multa por litigância de má-fé, a norma possibilitou uma comparação, antes do início do litígio, entre o benefício e o custo esperado. Assim, independente da frequência em que os julgadores impõem tal multa, tem-se que o empregado que não veja problemas em mentir, ao formular seu pedido inicial, tenderá a informar uma jornada maior do que a real, sempre que satisfeitos três requisitos: (i) a norma impõe inversão do ônus da prova, (ii) o empregador não efetivar controle de jornada válido e (iii) o benefício esperado com o pedido relacionado à jornada ultrapassar a multa eventualmente imposta.

Para o empregador, o controle de jornada dos empregados pode servir não apenas ao registro e pagamento das horas trabalhadas, mas também para diversos fins administrativos (tais como para apontamento de faltas ou adequação de escalas para atender à demanda de serviços), todavia cada um destes fins pode ser substituído por outras alternativas. Por exemplo, as faltas podem ser informadas por um supervisor, já um empregado pode trabalhar mais do que o normal de modo a atender a eventual falta de outro. Consta-se que o controle de jornada não é essencial aos empregadores, podendo, portanto, ser suprimido.

A criação, manutenção e controle deste registro gera custos ao empregador, p.e. pode ser necessário um empregado para controlar as anotações diárias, ou a contratação de um sistema eletrônico para apuração, ou o uso de um espaço físico para depósito das anotações etc. O resultado é que o empregador, que deseje evitar ou reduzir estes custos, apenas investirá na manutenção do controle de jornada dos empregados nas hipóteses de inversão do ônus probatório.

Uma exceção a este comportamento diz respeito à jornada de trabalho do empregado doméstico. A EC 72/2013 alterou o parágrafo único do Art.7º, da CF, incluindo a limitação de jornada de oito horas por semana e quarenta e quatro horas por mês para os empregados domésticos. Há de se supor que a vasta maioria dos empregadores domésticos deve possuir menos de 10 empregados, portanto, o ônus de comprovar afrontas às regras da jornada permanece sobre o empregado. Nesta situação, seguindo a estrutura de incentivos acima descrita, o empregador tenderia a não manter registro da jornada do empregado. Ocorre que, caso um litígio sobre o tema seja iniciado, o empregador terá grandes dificuldades para comprovação da jornada laborada.

Imagine-se uma situação na qual um cozinheiro doméstico inicie uma demanda face sua empregadora, alegando o exercício de constante sobrejornada. Para provar suas alegações, este empregado terá um farto leque de possibilidades, p.e., poderá apresentar um relatório do GPS



de seu celular mostrando que diariamente passava 12 horas na residência, ou poderá ainda ouvir o testemunho dos motoristas do transporte público que comprovariam os horários dos percursos diários do empregado.

Neste exemplo, o empregado teria satisfeito seu ônus, incumbindo, agora, ao empregador comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo das alegações do autor. Como provar que o empregado deixava seu celular com outra pessoa da residência? Ou que, após concluir seu trabalho, ele permanecia na residência usando sua estrutura de lazer? Sem um controle de jornada, tem-se que a prova testemunhal seria a de mais fácil produção pelo empregador, todavia os familiares e amigos íntimos seriam tidos, respectivamente, como impedidos e suspeitos, nos termos do Art. 447, do CPC<sup>66</sup>. Dificilmente o empregador doméstico disporá de outras testemunhas que não se enquadrem nas vedações legais.

A dificuldade para apresentação de contraprova, pelo empregador doméstico, finda por inverter os incentivos inicialmente esperados pela ausência de inversão do ônus probatório. Logo, este tenderá a manter controle, mesmo sem a obrigação legal.

#### 2.2.2.2.2 *Dispensa discriminatória*

Um segundo caso de inversão do ônus da prova que também altera o comportamento dos litigantes diz respeito à estabelecida pela súmula 443 do TST. Nesta, sem previsão legal, o TST findou por estabelecer a inversão do ônus da prova nas ocasiões em que ocorrer a dispensa

---

<sup>66</sup> Art. 447. Podem depor como testemunhas todas as pessoas, exceto as incapazes, impedidas ou suspeitas.

§ 1º São incapazes:

I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental;

II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções;

III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos;

IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam.

§ 2º São impedidos:

I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz reputar necessária ao julgamento do mérito;

II - o que é parte na causa;

III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes.

§ 3º São suspeitos:

I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo;

II - o que tiver interesse no litígio.

de empregado portador de doença grave, criando-se presunção relativa de que tal ocorreu por motivo preconceituoso ou discriminatório, eis o teor da súmula:

Súmula nº 443 do TST

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Uma vez que a dispensa discriminatória gera afronta ao direito de personalidade, tem-se que os danos decorrentes são presumíveis e passíveis de indenização compensatória. O tema se encontra, portanto, inserido nas discussões gerais a respeito da responsabilidade civil, pelo que seria aplicável o ônus da prova conforme regra geral, ou seja, de quem alega. Com a presunção estabelecida pela súmula, geram-se incentivos para não demissão dos portadores de doença grave ou, ao menos, maior documentação do processo decisório que precedeu a demissão, documentação esta que não haveria de ocorrer quanto aos motivos de demissão de qualquer outro empregado.

É importante observar com clareza esta situação. De um lado, o poder diretivo do empregador permite que este demita qualquer dos seus funcionários, a qualquer momento e sem necessidade de exposição de motivos (exceto para os casos de demissão com justa causa conforme hipóteses do Arts. 158, 240, 482 e 433 da CLT e Art. 7º, §3º do Decreto 95.247/1987); de outro lado, a súmula exige que, se o empregado for detentor de doença grave, terá o empregador que demonstrar que este não foi um dos motivos da demissão. Assim, para demitir este empregado, o empregador terá que construir e guardar acervo probatório não exigível para nenhum outro empregado.

Do ponto de vista lógico, parece que a simples constituição desta prova indica uma decisão prévia e potencialmente discriminatória; todavia, o mais importante é que isto gera um custo inexistente para qualquer dos demais empregados. Espera-se, assim, que um comportamento racional, por parte do empregador, leve-o a evitar a contratação de portadores de doença grave.

Sob a ótica do empregado demitido, ciente da dificuldade de produção probatória pelo empregador, encontra-se este incentivado a demandar em juízo com a alegação de incidência em discriminação, mesmo que não possua indícios para crer nisso.

### 2.2.2.2.3 Acidente de trabalho

Como terceiro e último caso de inversão do ônus da prova decorrente da norma trabalhista, tem-se a aplicada em casos de acidente de trabalho. Este posicionamento ainda não se encontra sumulado, mas vem ganhando notoriedade entre os tribunais. Sobre o assunto, chegou a ser formulado o Enunciado n. 41 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada no TST, com a seguinte redação: “RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente de trabalho”.

Havendo discussão quanto à responsabilidade civil decorrente do acidente, há de se supor que o mesmo se encontra revestido de gravidade comprovada e lesões constatáveis. Nestas situações o comportamento esperado é de que o empregado cesse a prestação dos seus serviços por quanto perdurar a incapacidade ao trabalho (hipótese de interrupção do contrato nos primeiros 15 dias e de suspensão do contrato no 16º dia em diante<sup>67</sup>).

Com base na regra geral do ônus probatório, o empregador não possui interesse em exercer gerência sobre este tratamento, dado que, no caso de eventual litígio o empregado terá que comprovar seu fato constitutivo. Ainda pela regra geral, o empregado tenderá a reunir os comprovantes dos possíveis danos e nexo causal com as atividades desempenhadas no trabalho, para eventual apresentação em juízo, como prova documentação a ser anexa à exordial.

A ampla adoção do enunciado tenderá a fazer com que os empregadores exerçam maior controle não apenas sobre as atividades desempenhadas, como também sobre o tratamento do empregado, gerando novos custos. Este aumento de custos pode induzir o empregador a ser mais diligente na prevenção de acidentes de trabalho; todavia, o mesmo custo será imposto para os casos de tratamentos não relacionados ao trabalho e de acidentes ocorridos por culpa exclusiva do empregado.

Ademais, é provável que os empregados permaneçam tendo interesse no levantamento e guarda dos registros do tratamento, eis que tais comprovantes podem servir para diversos

---

<sup>67</sup> Lei 8.113/1991. Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

outros fins, tais como, pedidos de ressarcimento junto a planos de saúde, pedidos de benefícios junto à previdência ou mesmo para controle e acompanhamento médico.

Como tanto o empregado como o empregador atuarão no acompanhamento supracitado, espera-se a concretização de atos e custos redundantes, eis que ambos estarão interessados na construção do mesmo acervo probatório. Esta redundância aumenta os custos sociais e pode induzir a uma desnecessária ingerência do empregador sobre as escolhas de tratamento do empregado.

Se o único intuito, com a criação desses custos, for o de servir de incentivo ao empregador ser mais diligente na prevenção de acidentes de trabalho, tem-se que a norma se mostra ineficiente. Para tal fim, punições rigorosas poderiam ser impostas para os casos comprovados de ocorrência de acidente de trabalho, o que não ocasionaria as redundâncias apontadas e tenderia a alcançar o mesmo objetivo.

#### *2.2.2.3 Incentivos à ocultação/falsificação*

Até aqui foi visto a importância do ônus probatório para a estrutura de incentivos dos litigantes, agora cumpre destacar um possível efeito maléfico desta estrutura, que parece não ter sido ansiada pelo legislador.

Sendo aceito que o processo visa construir uma verdade formal e que a decisão final se fundamentará nesta, é concedido às partes o incentivo de tentar moldar tal verdade em prol do benefício pessoal. Este comportamento pode se concretizar por meio de escolhas legais, p.e., a não apresentação de provas a depender do ônus aplicável, ou de escolhas ilegais, como a adulteração de provas. Na seção anterior foram apresentadas três dessas situações: (i) a apresentação de testemunhas inelegíveis como tal, assim como a sua negativa quanto ao fato apresentado na contradita (seção 2.2.1); (ii) a narração em inicial, por parte do empregado de jornada maior do que a realmente efetivada (seção 2.2.2.2.1) e (iii) a alegação, pelo empregado demitido e portador de doença grave, da ocorrência de discriminação (seção 2.2.2.2.2).

Contra o comportamento ilegal, o legislador criou a multa por litigância de má-fé, cabendo ao julgador sua imposição no caso concreto; todavia, os números parecem indicar o desuso dessa imposição<sup>68</sup>.

Em 2017, as turmas do TRT da 10ª Região julgaram um total de 18.594 ações (Corregedoria/TRT10, 2019). Pesquisa efetuada na jurisprudência deste tribunal resulta em apenas 130 acórdãos que fazem menção à multa por litigância de má-fé, e, nessas decisões, a multa se concretizou em 38 situações, ou seja, 0,2%. Estes números conduzem a duas possibilidades: (i) ou a maioria dos recorrentes não consegue satisfazer seu ônus probatório ou (ii) os julgadores têm evitado a aplicação da penalidade.

Em outras palavras, tem-se que um litigante apenas não alcançará seu anseio em determinada demanda que teve seu mérito julgado (i) se não conseguiu provar os fundamentos do seu direito ou (ii) se foi comprovado que não detinha o direito inicialmente afirmado. Na primeira destas hipóteses, o litigante não conseguiu convencer o julgador. Já na segunda hipótese ele não tinha o direito alegado, mas, mesmo assim decidiu por litigar, comportamento este que incide, ao menos, em duas hipóteses do Art. 80 do CPC<sup>69</sup> (incisos I e II).

Além de não aplicar a multa em 99,8% dos processos apreciados, o TRT10 ainda reformou a decisão em 70,8% das sentenças que o fizeram, comportamento que parece indicar uma escolha institucional previsível.

O resultado é que a multa do Art. 80 do CPC corresponde a um custo esperado possível, mas tendente a zero, dada a baixa probabilidade de sua condenação. Como a multa por litigância de má-fé é o único custo processual que serviria de desincentivo à ocultação e/ou falsificação de provas, tem-se que esses comportamentos findam por ser incentivados sempre que puderem servir a moldar a verdade formal em favor do agente.

---

<sup>68</sup> Não estão claros os motivos do citado desuso. Uma possível hipótese inicial é que a não aplicação da multa visa a redução dos possíveis motivos para apresentação de um recurso de revista, todavia o tema demanda maiores investigações.

<sup>69</sup> Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidente manifestamente infundado;
- VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

## 2.3 OS CUSTOS DAS PROVAS

Considerando que as partes não arcam com todos os custos do litígio, tem-se que estes podem ser classificados em “custos das partes” e “custos sociais”, sendo que os “custos das partes” resumem-se aos gastos despendidos por cada litigante em decorrência da demanda, enquanto que os “custos sociais” correspondem ao somatório dos custos das partes com os custos do processo pagos pelo Estado, sendo, portanto, o custo resultante do litígio para a sociedade como um todo, para os quais é possível, mesmo com o atual sistema normativo, criar métodos eficientes de análise e limitação.

### 2.3.1 Limitação dos custos sociais

Conforme exposto na seção 1.3.4 do capítulo anterior, dados do CNJ (2019a) permitem a apuração estimada de parte dos custos sociais, por meio da realização de cotejo analítico entre os custos de manutenção da estrutura judiciária e o retorno advindo de cada processo por meio do recebimento de taxas pertinentes às custas processuais. Estes dados revelaram que, na Justiça do Trabalho, em média, para cada demanda protocolada por pessoa física tem-se que 80% do total dos gastos são pagos pelo Estado e, portanto, pela sociedade.

No que tange aos custos das partes estes dependerão da distribuição, em cada caso, do ônus da prova, o que, conforme já visto na seção 2.2 deste capítulo, depende do disposto em norma e da opção do magistrado, sendo a este concedido o poder de limitar ou ampliar os custos do litígio pelo que se torna, portanto, agente ativo quanto ao eventual incentivo à litigância.

Tratando deste poder, concedido ao julgador, Hay e Spier (1997) teorizaram que os custos sociais poderiam ser reduzidos, por meio da adequada distribuição do ônus da prova, e isto, já no início do litígio. O argumento, por eles apresentado, partiu do princípio de que quando o ônus probatório é atribuído a um dos litigantes, o outro pode se beneficiar de parte do que for apresentado (HAY; SPIER, 1997, p. 413). Isto ocorre da seguinte forma: o litigante que recebe o ônus deve comprovar o que alega, sob pena de ser aceita a alegação da parte adversa. O resultado é que, se esta atribuição foi concedida ao autor, e ele não comprovou os fatos alegados, a demanda deve ser julgada improcedente, mesmo que o réu não apresente nenhuma prova (HAY; SPIER, 1997, p. 417).

O raciocínio usado por Hay e Spier é condizente com a norma trabalhista brasileira e com a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova. Assim, agentes racionais que tenham pleno conhecimento do ônus da prova aplicável ao processo em que litigam tenderão a reduzir custos na produção de provas desnecessárias.

Para visualizar o argumento, imagine-se situação na qual ambos os litigantes são capazes de apresentar provas se um determinado evento ocorreu e, se ele ocorreu, a demanda deve ser julgada procedente. Suponha-se, ainda, que ambos conhecem o conteúdo dessas provas e conseguem valorizá-las de forma adequada. Se o ônus for atribuído ao autor, e ele não apresentar as provas, o julgador poderá supor que o evento não ocorreu, logo o pedido deve ser julgado improcedente. De forma semelhante, se o ônus for atribuído ao réu, e ele não apresentar provas, o julgador poderá supor que o evento ocorreu, e deve julgar o pedido procedente.

Percebe-se que, independente de como o ônus probatório é atribuído, o silêncio detém um significado passível de valorização e isto é capaz de induzir um litigante a produzir, ou não, um acervo probatório.

Agora analisemos os incentivos criados nos dois cenários possíveis de atribuição do ônus da prova, levando-se em consideração as mesmas suposições usadas acima<sup>70</sup> e atentando à norma processual trabalhista até aqui estudada.

Se o ônus for atribuído ao autor, ele apresentará provas apenas se o evento ocorreu, eis que uma prova falsificada poderá ser desmentida pelo réu e, se o evento não ocorreu, produzir esta prova apenas geraria custos e nenhum benefício. Nesta hipótese o réu tende a não apresentar provas, eis que, se o dano ocorreu, apresentar provas apenas beneficiaria o autor e ainda imporia ao réu os custos de sua produção; se o dano não ocorreu, o autor não apresentou provas, logo, fazê-lo não mudaria a situação e corresponderia a um desperdício de recursos.

Se o ônus for atribuído ao réu, ele apresentará provas apenas se o evento não ocorreu, eis que uma prova falsificada poderá ser desmentida pelo autor. Aqui é o autor quem tende a não apresentar provas, com base em raciocínio similar ao acima aplicado ao réu.

Tal qual concluído por Hay e Spier, em uma demanda trabalhista, que atenda às suposições acima elencadas, também se observará que aquele a quem for concedido o ônus,

---

<sup>70</sup> Os litigantes são capazes de apresentar provas se um determinado evento ocorreu e, se ele ocorreu a demanda deve ser julgada procedente. Assim como, ambos conhecem o conteúdo destas provas disponíveis e conseguem valorizá-las de forma adequada.

apenas apresentará provas se estas sustentem o seu posicionamento, enquanto a parte contrária tenderá a se abster desta apresentação independente da prova sustentar sua posição (HAY; SPIER, 1997, p. 418).

Com esta conclusão em mente, o magistrado poderia se valer da distribuição dinâmica do ônus da prova para minimizar os custos sociais sem comprometer o andamento de seus processos. Para isso, precisaria atribuir o ônus àquele que poderia produzi-lo com os menores custos, resultando, assim, em atuação mais eficiente. Diferente da realidade vivida por Hay e Spier, o magistrado trabalhista brasileiro possui à sua disposição informações suficientes para efetivar esta apreciação<sup>71</sup>. Isto porque, a despeito da inversão ter de ocorrer antes da instrução (Art. 818, §2º da CLT<sup>72</sup>), há de se observar que já existe um litígio, ou seja, o autor já apresentou sua inicial e as provas documentais de que dispõe. Supõe-se, assim, que a distribuição dinâmica não se presta às provas documentais, logo, seu uso pode aguardar a apresentação da contestação e da prova documental possuída pelo réu.

Como os Art. 849 e 852-C da CLT<sup>73</sup> indicam que os atos processuais tendem a ocorrer em uma única audiência, ao receber a contestação o julgador está em contato direto com os litigantes, podendo tanto apreciar a controvérsia existente e as provas documentais de ambas as partes, como pode inquirir os litigantes sobre as demais provas que ainda pretendem produzir. Assim, não é necessário supor quais provas as partes possuem ou qual o custo estimado de sua produção, o julgador pode simplesmente sanar suas dúvidas com os próprios litigantes.

Conclui-se que, se por um lado a inversão dinâmica gera toda imprevisibilidade descrita nas seções 2.2.1 e 2.2.2.1, por outro, tem-se que a norma trabalhista possibilita a apreciação, pelo julgador, dos custos sociais estimados, assim como lhe confere poderes para reduzi-los.

## 2.4 OS RECURSOS

---

<sup>71</sup> No modelo construído por Hay e Spier o magistrado ainda não teria tido acesso às provas documentais dos litigantes.

<sup>72</sup> Art. 818. § 2º A decisão referida no § 1º deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido.

<sup>73</sup> Art. 849 - A audiência de julgamento será contínua; mas, se não for possível, por motivo de força maior, concluí-la no mesmo dia, o juiz ou presidente marcará a sua continuação para a primeira desimpedida, independentemente de nova notificação.

[...]

Art. 852-C. As demandas sujeitas a rito sumaríssimo serão instruídas e julgadas em audiência única, sob a direção de juiz presidente ou substituto, que poderá ser convocado para atuar simultaneamente com o titular.



Para conclusão do presente capítulo fazem-se oportunas algumas considerações a respeito da fase recursal. Com o fim da instrução processual segue-se a prolação da sentença, contra a qual é cabível embargo de declaração<sup>74</sup>, que é dirigido ao próprio juiz sentenciante e se destina a sanar omissões, contradições e/ou erros materiais. Se o valor da causa for superior a dois salários mínimos<sup>75</sup>, também é cabível recurso ordinário<sup>76</sup>, que se destina à reapreciação da matéria recorrida<sup>77</sup> pelo Tribunal Regional do Trabalho (TRT) cuja abrangência territorial alcance o juízo sentenciante. Da decisão do TRT (o acórdão), cabe recurso de revista ao TST ou recurso extraordinário para o STF. Em qualquer destes é vedada a reapreciação dos fatos e provas, cumprindo aos tribunais superiores apenas apreciações quanto ao direito aplicado<sup>78</sup>.

Havendo a procedência do pedido inicial, mesmo que em parte, é necessário o pagamento das custas processuais para apreciação do recurso. Havendo condenação em obrigação de pagar, o reclamado deve realizar o depósito recursal nos termos do Art. 899, da

---

<sup>74</sup> Art. 897-A Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso.

§ 1º Os erros materiais poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

<sup>75</sup> Lei 5.584/70. Art 2º § 3º Quando o valor fixado para a causa, na forma deste artigo, não exceder de 2 (duas) vezes o salário-mínimo vigente na sede do Juízo, será dispensável o resumo dos depoimentos, devendo constar da Ata a conclusão da Junta quanto à matéria de fato.

§ 4º - Salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação.

<sup>76</sup> CLT. Art. 895 - Cabe recurso ordinário para a instância superior:

I - das decisões definitivas ou terminativas das Varas e Juízos, no prazo de 8 (oito) dias;

<sup>77</sup> CPC. Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

<sup>78</sup> Art. 896 - Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando:

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;

b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de observância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a;

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal.

CLT<sup>79</sup> e Art. 40, da Lei 8.177/91<sup>80</sup>. O valor deste depósito é anualmente reajustado e divulgado pela Secretaria-Geral Judiciária do TST, os valores atuais foram dispostos pelo Ato nº 329/2018, o qual estabelece em R\$ 9.513,16 o depósito para recurso ordinário e R\$ 19.026,32 o depósito para recurso de revista.

Percebe-se que nenhum dos recursos reabre a instrução probatória, de modo que esta apenas deve se dar no juízo de primeiro grau. Ademais, os tribunais que apreciarão os recursos estão limitados à matéria impugnada, nos termos do Art. 1.013, §1º, do CPC<sup>81</sup>; todavia, este mesmo artigo estabelece que julgarão esta matéria com base em tudo o que consta nos autos.

Assim, pode-se afirmar que a fase recursal, no processo trabalhista brasileiro, presta-se a duas finalidades básicas: (i) correção de erros no julgamento anterior e (ii) formação de jurisprudência.

Sobre a formação de jurisprudência, na seção 1.1 do capítulo 1, foi mencionado como esta se presta a beneficiar a sociedade, possibilitando uma maior previsibilidade dos julgamentos. Todavia, os litigantes não levam em conta os benefícios sociais quando decidem por recorrer, pelo que é a correção de erros que acaba sendo seu maior incentivo.

Ao ter acesso a uma decisão judicial, é do interesse dos litigantes identificar os erros que os prejudicam e, deles, recorrer. Para o judiciário isto também corresponde a um eficiente mecanismo de monitoramento de falhas, as quais findam por ser identificadas por aqueles que naturalmente já efetivariam esta análise, ou seja, os próprios demandantes.

---

<sup>79</sup> Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.

§ 1º Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vezes o salário-mínimo regional, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância de depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz.

<sup>80</sup> Art. 40. O depósito recursal de que trata o art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho fica limitado a Cr\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de cruzeiros), nos casos de interposição de recurso ordinário, e de Cr\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros), em se tratando de recurso de revista, embargos infringentes e recursos extraordinários, sendo devido a cada novo recurso interposto no decorrer do processo.

§ 1º Em se tratando de condenação imposta em ação rescisória, o depósito recursal terá, como limite máximo, qualquer que seja o recurso, o valor de Cr\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de cruzeiros).

§ 2º A exigência de depósito aplica-se, igualmente, aos embargos, à execução e a qualquer recurso subsequente do devedor.

§ 3º O valor do recurso ordinário, quando interposto em dissídio coletivo, será equivalente ao quádruplo do previsto no caput deste artigo.

§ 4º Os valores previstos neste artigo serão reajustados bimestralmente pela variação acumulada do INPC do IBGE dos dois meses imediatamente anteriores.

<sup>81</sup> Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

Todavia, a correção de erros não é o único incentivo do recorrente. Aqui, a análise econômica aplicável é semelhante à observada no início do litígio, ou seja, uma das partes decidirá por recorrer sempre que o benefício esperado superar os custos esperados.

Para o empregado, o qual costuma ser o credor de uma demanda trabalhista, a correção de erros no julgamento, que o prejudiquem, parece ser o maior incentivo a recorrer, eis que seu principal anseio é o de receber o seu crédito o mais rápido possível. Mas o empregador, além da correção de erro, pode também incluir, entre os benefícios esperados, a protelação do feito, no intuito de, p.e., realizar outros investimentos que lhe tragam retornos maiores do que o aumento da dívida trabalhista (v. seção 1.3.3). Nesta situação, seus únicos limitadores serão (i) a obrigação para com o depósito recursal, o qual findará por reduzir seu benefício esperado e (ii) eventual aumento de custos decorrente de honorários contratuais e/ou multa por litigância de má-fé.

Destaque-se que, na seção 1.3.2.4 do primeiro capítulo, foi demonstrado que as custas processuais, na demanda trabalhista, não estão vinculadas à quantidade de atos processuais; logo, estas apenas serão alteradas se houver uma modificação no valor da condenação, e isto apenas ocorrerá se identificado um erro no julgamento.

Conclui-se que o empregado apenas tem incentivos a recorrer se identificar erros no julgamento anterior. Já o empregador é incentivado a recorrer, mesmo que não identifique nenhum erro, se possuir um investimento que lhe propicie um retorno maior que o custo decorrente da dívida trabalhista atualizada, considerando a eventual obrigação para com a realização do depósito recursal.

## 2.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A instrução probatória permite a redução da assimetria de informações existente entre os litigantes e entre estes e o julgador. Constatou-se que esta instrução é veículo de construção de uma verdade formal, a qual pode se aproximar da verdade real com maior ou menor acuracidade.

No anseio de construir uma verdade formal que lhe seja favorável, os litigantes racionais investirão esforços na apresentação de provas que satisfaçam seus interesses, e isto inclusive para atos de ocultação e falsificação. Como os custos decorrentes do erro na valorização destas

provas é alto, os litigantes tendem a apresentar provas redundantes, as quais aumentam tanto os custos privados como os sociais, para além do necessário. A correção deste desperdício seria possível com o uso do despacho saneador, conforme percebido no processo civil, todavia o mesmo não é obrigatório no processo trabalhista. Ausentes, portanto, incentivos à redução destes custos.

Outro desperdício é ainda observado no poder, concedido ao julgador, de alterar o ônus da prova legalmente estabelecido. Por este motivo, as partes tendem a superestimar os custos que terão no processo, dado que a única alternativa segura é supor que terá que produzir todas as provas. Por assim pensarem, tendem a, desde o início do contrato de trabalho, investirem recursos na manutenção e guarda de acervo probatório, para o qual a norma estabeleceu como de obrigatoriedade para a parte adversa.

Por fim, constata-se que as presunções criadas pela norma trabalhista para concessão da justiça gratuita servem para retardar a resolução do feito, eis que incentivam a produção de provas desnecessárias e a interposição de recursos apenas protelatórios. No próximo capítulo os incentivos observados até aqui servirão de fundamento para apreciação das formas pelas quais uma demanda pode ser concluída.

## CAPÍTULO 3 - O TÉRMINO DO LITÍGIO

Após apreciar os incentivos relacionados ao início do litígio e à instrução probatória, cumpre agora focar a atenção nas possíveis formas pelas quais uma demanda pode chegar ao fim, de modo a, assim, visualizar a estrutura de incentivos existente em toda fase de conhecimento.

### 3.1 ANÁLISE DA NORMA APLICÁVEL

Uma demanda chegará ao fim quando o Estado-juiz entregar o bem da vida discutido ao seu legítimo titular, conforme decidido ao término da fase de conhecimento (SANTOS; HAJEL FILHO, 2018, p. 486), entrega a qual se dará por ato voluntário ou coercitivo durante a fase executória. Essa fase de conhecimento, em sentido amplo, é concluída por meio de uma sentença ou acórdão<sup>82</sup>, que declara o direito material ao seu legítimo titular, com fundamento nos artigos 485 e/ou 487 do CPC<sup>83</sup>.

O Art. 485 elenca as hipóteses de decisões terminativas, as quais não analisam o mérito da demanda, pondo fim ao litígio e possibilitando eventual reingresso com novo pedido judicial. Em contrapartida, tem-se o Art. 487 que estabelece as hipóteses de decisões definitivas que

---

<sup>82</sup> Tecnicamente a sentença conclui a fase de conhecimento em sentido estrito, sendo que o acórdão está inserido dentro da fase recursal.

<sup>83</sup> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

- I - indeferir a petição inicial;
- II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
- III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
- IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;
- VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;
- VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;
- VIII - homologar a desistência da ação;
- IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e
- X - nos demais casos prescritos neste Código.

[...]

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

- I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
- II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
- III - homologar:
  - a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
  - b) a transação;
  - c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

geram “coisa julgada”. Percebe-se que a CLT e o TST não abordam ou alteram a sistemática do CPC, havendo apenas menções complementares que versam sobre prazos recursais e requisitos formais das decisões (v. Arts. 851 e ss. da CLT<sup>84</sup> e súmulas 30 e 197 do TST<sup>85</sup>), assim o CPC deve ser observado dada a sua aplicabilidade subsidiária.

Neste contexto, o pedido de desistência corresponde a hipóteses de resolução sem julgamento do mérito (Art. 485, VIII do CPC), pedido este que, sendo efetuado até que o reclamante tenha acesso à defesa, prescindirá da anuência do reclamado (Art. 485, § 4º<sup>86</sup> do CPC e Art. 841, §3 da CLT<sup>87</sup>).

Já a transação e o acolhimento/rejeição dos pedidos formulados, encontram-se presentes nas hipóteses inseridas no Art. 487 do CPC. Sobre a transação, a CLT lhe concede amplo destaque e incentivo, tratando do assunto nos Arts. 764, 846, 850, 852-E e 860:

Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º - Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.

[...]

<sup>84</sup> Art. 851 - Os trâmites de instrução e julgamento da reclamação serão resumidos em ata, de que constará, na íntegra, a decisão.

§ 1º - Nos processos de exclusiva alçada das Juntas, será dispensável, a juízo do presidente, o resumo dos depoimentos, devendo constar da ata a conclusão do Tribunal quanto à matéria de fato.

§ 2º - A ata será, pelo presidente ou juiz, junta ao processo, devidamente assinada, no prazo improrrogável de 48 (quarenta e oito) horas, contado da audiência de julgamento, e assinada pelos juízes classistas presentes à mesma audiência.

Art. 852 - Da decisão serão os litigantes notificados, pessoalmente, ou por seu representante, na própria audiência. No caso de revelia, a notificação far-se-á pela forma estabelecida no § 1º do art. 841.

<sup>85</sup> Súmula nº 30 do TST. INTIMAÇÃO DA SENTENÇA

Quando não juntada a ata ao processo em 48 horas, contadas da audiência de julgamento (art. 851, § 2º, da CLT), o prazo para recurso será contado da data em que a parte receber a intimação da sentença.

[...]

Súmula nº 197 do TST. PRAZO

O prazo para recurso da parte que, intimada, não comparecer à audiência em prosseguimento para a prolação da sentença conta-se de sua publicação.

<sup>86</sup> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

§ 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

<sup>87</sup> Art. 841 - Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias.

[...]

§ 3º Oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação.

Art. 846 - Aberta a audiência, o juiz ou presidente proporá a conciliação.

§ 1º - Se houver acordo lavrar-se-á termo, assinado pelo presidente e pelos litigantes, consignando-se o prazo e demais condições para seu cumprimento.

§ 2º - Entre as condições a que se refere o parágrafo anterior, poderá ser estabelecida a de ficar a parte que não cumprir o acordo obrigada a satisfazer integralmente o pedido ou pagar uma indenização convencionada, sem prejuízo do cumprimento do acordo.

[...]

Art. 850 - Terminada a instrução, poderão as partes aduzir razões finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada uma. Em seguida, o juiz ou presidente renovará a proposta de conciliação, e não se realizando esta, será proferida a decisão.

[...]

Art. 852-E. Aberta a sessão, o juiz esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação e usará os meios adequados de persuasão para a solução conciliatória do litígio, em qualquer fase da audiência.

[...]

Art. 860 - Recebida e protocolada a representação, e estando na devida forma, o Presidente do Tribunal designará a audiência de conciliação, dentro do prazo de 10 (dez) dias, determinando a notificação dos dissidentes, com observância do disposto no art. 841.

[...]

Art. 862 - Na audiência designada, comparecendo ambas as partes ou seus representantes, o Presidente do Tribunal as convidará para se pronunciarem sobre as bases da conciliação. Caso não sejam aceitas as bases propostas, o Presidente submeterá aos interessados a solução que lhe pareça capaz de resolver o dissídio.

Estes textos são claros ao indicar que o judiciário trabalhista deve investir constantes esforços para concretização de acordos, e o faz de forma ampla: os julgadores devem, de forma reiterada, esclarecer e incentivar a conciliação e esta pode ocorrer em qualquer momento do litígio.

A decisão, concedida pelo julgador, quer terminativa, quer definitiva, se posicionará sobre os pedidos formulados e mencionará as custas a serem pagas pela parte vencida. Quando concluir pela procedência do pedido terá ainda que determinar o prazo e as condições para o seu cumprimento. As cognitivas ou homologatórias deverão indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso (Art. 832 da CLT<sup>88</sup>).

---

<sup>88</sup> Art. 832 - Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

§ 1º - Quando a decisão concluir pela procedência do pedido, determinará o prazo e as condições para o seu cumprimento.

§ 2º - A decisão mencionará sempre as custas que devam ser pagas pela parte vencida.

§ 3º As decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso.

Cientes das exigências normativas, a próxima seção analisa os incentivos existentes quanto à atuação do julgador, cujas conclusões serão, a seguir, aplicadas em cada forma de término do processo.

### 3.2 ESTRUTURA DE INCENTIVOS DOS MAGISTRADOS

A decisão concedida a uma reclamação trabalhista é fruto da atuação do judiciário na aplicação do direito. Esta atuação se concretiza por meio de magistrados, os quais têm a incumbência de apreciar, conduzir e julgar cada demanda. Logo, os magistrados são representantes do judiciário, e, como se tratam de seres humanos, também possuem interesses próprios e atuam de forma racional, o que gera incentivos específicos e que serão, agora, apreciados.

O magistrado é um bacharel em direito que possui atuação técnica destinada a aplicar as normas jurídicas ao cotidiano social. No Brasil a escolha pública foi de que eles deveriam guardar independência do cenário político e das decisões proferidas, tendo sido criada uma série de mecanismos para o alcance deste fim. Como exemplos citem-se a regra geral de ingresso por meio de concurso público (Art. 93, I da CF), a vitaliciedade (Art. 95, I da CF), a inamovibilidade (Art. 95, II da CF), a promoção automática por merecimento (Art. 93, II, 'a' da CF) e por antiguidade (Art. 93, II, 'd' da CF), a irredutibilidade de subsídio (Art. 95, III da CF), a proibição de receber participação em processos (Art. 95, parágrafo único, II da CF) e a proibição de se dedicar a atividade político-partidária (Art. 95, parágrafo único, III da CF).

O padrão que emerge de todas estas regras é que os juízes devem atuar nos processos sem a influência das partes litigantes, dos outros poderes ou do próprio judiciário. Assim, as partes não podem premiá-lo por determinada conduta. Outros poderes não podem limitar sua atuação. E o judiciário, como regra geral, não pode prejudicá-lo por suas decisões.

Mas, uma vez que são seres humanos racionais e maximizadores de suas utilidades (seção 1.1) o que impede um magistrado, que possui tamanha independência, de se valer de sua função para alcançar proveitos próprios? Percebe-se que, em tese, é possível que o julgador possua interesses pessoais distintos dos anseios do ente representado, ou seja, do tribunal.

Como resposta inicial poderia ser dito que a lei é o limitador do juiz. Todavia esta resposta parece não resolver o problema, eis que não explicaria os motivos que levariam um



magistrado a obedecer à lei e não aos seus próprios interesses. Ademais, já foi mencionado (seção 1.1) que, às vezes, decisões trabalhistas contrariam a lei. Conclui-se que a lei não corresponde a incentivo único e suficiente para conduzir o comportamento do julgador.

Uma outra possível resposta seria que a satisfação dos interesses pessoais poderia servir de obstáculo à obtenção de promoções por merecimento e do ganho financeiro delas decorrente. Ou seja, os custos seriam maiores que os benefícios esperados. Ocorre que, na realidade trabalhista brasileira, este não parece ser um incentivo tão decisivo, por dois motivos. Primeiro, porque a CF estabelece em seu Art. 93, II, 'a', que "é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento", ou seja, independente da conduta, mais cedo ou mais tarde a promoção será alcançada. E, segundo, porque a remuneração dos magistrados demonstra que não existem diferenças substanciais decorrentes da promoção (GICO JR., 2012, p. 62). A título de exemplo, de acordo com a relação de Remuneração dos Magistrados fornecida pelo CNJ (2019b), em dezembro de 2018, um juiz substituto no TRT10 ganhava R\$ 27.500,17, um titular ganhava R\$ 28.947,55 e um desembargador ganhava R\$ 30.471,11, ou seja, aproximadamente 1,05% de diferença entre cada promoção.

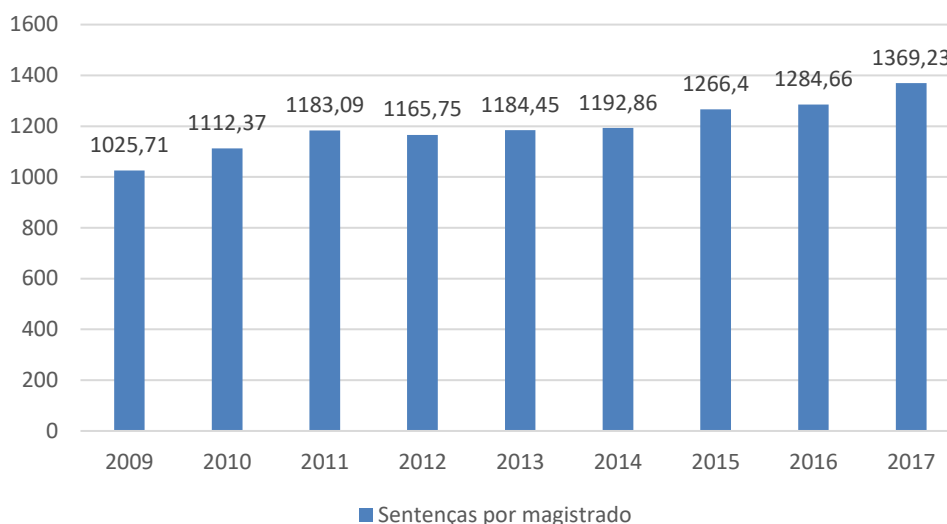
Outra possível limitação aos anseios pessoais do magistrado seria a preocupação com a sua reputação (MICELI; COSGEL, 1994, p. 33). A magistratura corresponderia a uma comunidade na qual os membros construiriam opiniões uns sobre os outros. Em um cenário hipotético, a reputação de um juiz poderia ser medida de duas formas: (i) pelas promoções eventualmente recebidas e (ii) pela opinião subjetiva quanto ao seu trabalho.

Conforme citado acima, em algum momento as promoções serão concedidas, logo não servem para fins de apuração da reputação do juiz. A conclusão é que o primeiro cenário não é realista.

Já o segundo cenário parece ser mais palpável. Um julgador que prefira satisfazer seus interesses pessoais sobre os do tribunal, a que representa, poderia ter sua reputação maculada entre seus pares. Tratando a respeito da reputação como um mecanismo de coordenação, Gico Júnior (2015, p. 489) assevera que ela pressupõe interação reiterada (para possibilitar eventual retaliação), baixos custos de monitoramento (para identificar os agentes com comportamento específico) e a possibilidade de punição. Ocorre que, na justiça trabalhista, o segundo destes requisitos não é alcançado, tanto pela quantidade de trabalho reservada a cada magistrado como pela ausência de publicidade quanto a algumas informações essenciais.

No que tange à quantidade de trabalho, esta pode ser exemplificada pela grande quantidade de processos anualmente julgados por cada magistrado (GICO JR., 2012, p. 63). Na Justiça do Trabalho, em 2017, cada magistrado prolatou, em média, 1.369,23 sentenças (CNJ, 2019a), número este que, desde de 2012, vem apresentando aumentos constantes:

Gráfico 5 – Total de sentenças por magistrado (CNJ, 2019a)



Fonte: Elaboração do autor a partir de dados do CNJ, 2019a.

Aliado a este alto número de sentenças tem-se o fato de que as decisões trabalhistas, de primeiro grau não são amplamente divulgadas, sendo que cada consulta deve ser feita individualmente. Por tais motivos parece improvável que um magistrado dedique tempo para apreciar as decisões de seus pares, para fins de monitoramento espontâneo.

Este monitoramento ainda poderia ser efetivado por meio de uma análise do número de sentenças que chegaram a ser reformadas por um tribunal superior, aquilo que pode ser chamado de “taxa de reversibilidade”. Isto porque, uma decisão que satisfaça os interesses pessoais do julgador seria tida como inadequada e, a parte prejudicada, tenderia a dela recorrer (v. seção 2.4). Entretanto, também não existe divulgação da taxa de reversibilidade de cada magistrado; logo, esta aferição também dependeria de consultas individuais a cada processo. Conclui-se que a reputação também não serve como desincentivo à satisfação de interesses pessoais pelo magistrado.

O último desincentivo parece ser o mais eficaz, qual seja, o exercício do poder disciplinar pelo tribunal. Este tema é regido pela Lei Complementar n. 35/1979 (Lei Orgânica

da Magistratura), e as possíveis punições descritas em seus artigos 43, 44, 56 e 57<sup>89</sup>. Nestes artigos, duas informações ganham destaque. Primeiro, as penas de advertência e censura devem ser concedidas de forma reservada; logo, não servem de fundamento ao monitoramento descrito nos parágrafos anteriores. E, segundo, os motivos de punição são descritos com termos que possuem ampla possibilidade de aplicação, quais sejam, "negligência no cumprimento dos deveres do cargo", "procedimento incorreto", "procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções" e "escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário".

Estes diversos casos de punições podem incutir no magistrado o temor necessário à mudança do seu comportamento. Tal mudança seria racional, e ocorreria sempre que custos de uma escolha se mostrassem maiores que os benefícios dela esperados. Assim, o uso do cargo para satisfação dos interesses pessoais é possível, mas apenas ocorrerá se o custo decorrente de eventual punição for inferior ao benefício esperado com o citado comportamento.

Os argumentos acima apontados também servem como um indicativo de que o magistrado não possui incentivos, ou mesmo capacidade para reduzir os custos sociais, tais como os decorrentes da redução de erros processuais ou do aumento da celeridade de cada demanda.

Como a taxa de reversibilidade não gera punição, tem-se que não existem benefícios adicionais aos julgadores que erram menos. Ademais, é presumível que dedicar pouca atenção à condução e gerenciamento de cada processo tende a diminuir a identificação de eventuais

---

<sup>89</sup> Art. 43 - A pena de advertência aplicar-se-á reservadamente, por escrito, no caso de negligência no cumprimento dos deveres do cargo.

Art. 44 - A pena de censura será aplicada reservadamente, por escrito, no caso de reiterada negligência no cumprimento dos deveres do cargo, ou no de procedimento incorreto, se a infração não justificar punição mais grave.

Parágrafo único - O Juiz punido com a pena de censura não poderá figurar em lista de promoção por merecimento pelo prazo de um ano, contado da imposição da pena.

[...]

Art. 56 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado:

I - manifestadamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo;

II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções;

III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.

Art. 57 - O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a disponibilidade de magistrado, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, no caso em que a gravidade das faltas a que se reporta o artigo anterior não justifique a decretação da aposentadoria.

erros processuais neles existentes. A conclusão é que existe uma relação entre a duração de cada demanda e os erros nela observados.

Para melhor apreciação do tema, foquemos nossa atenção para o volume de trabalho médio do ano de 2017. Neste ano, a média nacional de sentenças prolatadas correspondeu a 1.369,23 (CNJ, 2019a). Observados apenas os dias úteis, tem-se a necessidade de se julgar 5,95 casos por dia, sendo ainda necessário atender a todas as demais atividades inerentes ao cargo, tais como a conduzir os processos, fazer-se presente em audiência e seções e fiscalizar seus subordinados<sup>90</sup>. Ainda em 2017 foram computados 1.033,07 casos novos por magistrado (CNJ, 2019a). Supondo apenas uma audiência para cada caso novo, tem-se uma média de 4,49 audiências por dia.

Considerando que cada magistrado venha a laborar em uma jornada de 8h por dia, que todas estas audiências possam ser feitas em uma hora por dia, e que seja possível desconsiderar o tempo necessário às demais atribuições do cargo, tem-se que eles apenas podem dedicar cerca de 70 minutos para estudar e sentenciar cada processo. Este cenário demonstra que é improvável que o mesmo número de magistrados, com as mesmas atribuições, mesmo querendo, consigam aumentar a celeridade de cada demanda, ou reduzir a quantidade de erros processuais.

Compreendida a estrutura de incentivos aplicável aos magistrados, segue-se apreciação quanto aos custos e benefícios esperados com a demanda, com ampliação das informações apresentadas no primeiro capítulo, iniciando-se com análise dos processos que terminam sem resolução do mérito para, a seguir, tratar dos que terminam com resolução do mérito.

### 3.3 TÉRMINO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO

Sendo resolvido sem julgamento do mérito, tem-se que, nos termos do Art. 485 do CPC<sup>91</sup>, uma das seguintes opções se concretizou: a petição inicial foi indeferida; o processo

---

<sup>90</sup> LC 35/1979. Art. 35 - São deveres do magistrado:

[...]

III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

[...]

VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;

<sup>91</sup> Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

ficou parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; o autor abandonou a causa por mais de 30 (trinta) dias; foi constatada a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; foi reconhecida a existência de perempção, de litispendência, de coisa julgada, da ausência de legitimidade ou de interesse processual; foi reconhecida a existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; foi homologada a desistência da ação ou, em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal. Em qualquer uma destas hipóteses, não se forma a coisa julgada, de feita que o autor pode ingressar com nova demanda, apresentando os mesmos pedidos, demanda a qual será distribuída para o mesmo juízo, eis que prevento (Art. 286, II, do CPC<sup>92</sup>).

Percebe-se que os incisos I, IV, V, VI, VII e IX do Art. 485 do CPC podem ser classificados como “vícios processuais”, os quais tendem a não corresponder com o intuito do demandante, enquanto que os incisos II, III e VIII podem ser classificados como “atos de desistência”, eis que decorrentes de uma escolha do autor. Esta divisão é importante pois, enquanto o primeiro desses grupos induz a criação de custos sem benefícios, o segundo pode decorrer de comportamento estratégico visando a um fim específico. As próximas duas seções abordarão cada uma destas possibilidades.

---

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X - nos demais casos prescritos neste Código.

<sup>92</sup> Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza:

[...]

II - quando, tendo sido extinto o processo sem resolução de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;

### 3.3.1 Vício processual

A despeito de a noção de vício induzir a ideia de imprevisto, tem-se que a extinção do feito em decorrência do reconhecimento ou incidência de vício processual, pode, ou não, corresponder ao anseio pretendido pelo autor

Não tendo sido proposital corresponderá a custo não previsto. Ao contrário, uma das seguintes possibilidades se concretizou: ou (i) autor tinha ciência do vício, ou (ii) ativamente o ocasionou, qualquer destas opções apenas ocorre quando o seu intuito não esteja na obtenção de julgamento favorável, mas sim a realização de um acordo ou o alcance de benefícios alheios ao processo.

Se o reclamante tinha ciência da existência de vícios em seu pedido inicial, é possível que seu intuito fosse a realização de uma transação judicial e não o julgamento procedente de seu pedido. Neste caso tem-se o chamado “processo frívolo”. Tal hipótese se torna possível quando os custos do litígio são muito maiores para o réu do que para o autor (COOTER; ULLEN, 2010, p. 432), o que induzirá o réu a transacionar até o limite dos custos estimados com a demanda. Este requisito é facilmente demonstrado: se ambas as partes possuem um custo estimado de R\$ 5.000,00 e ambos sabem que o processo será julgado improcedente, tem-se que o réu apenas está disposto a firmar acordo no importe de até R\$ 5.000,00. Logo, o autor tenderá a não dar início a esta demanda; todavia, se os custos do autor forem de R\$ 1.000,00 e os do réu permanecerem em R\$ 5.000,00 tem-se que qualquer proposta entre R\$ 1.000,00 e R\$ 5.000,00 será viável para ambas as partes; logo, existe incentivo para formação da demanda.

Cumprе esclarecer que os “custos” aqui mencionados devem ser vistos em sentido amplo, incluindo os objetivos e diretamente relacionados com o processo judicial, assim como todos os problemas dele decorrentes, tais como a influência sobre outros negócios ou atrasos impostos a regular a administração de um negócio. Neste sentido, citem-se como atos geradores de custos a inclusão do nome do empregador no BNDT (que impossibilita a sua participação em licitações públicas) e a concessão de uma liminar de reintegração de um empregado inapto (a qual pode dificultar a realização das atividades cotidianas do empregador).

Diante destas possibilidades, um reclamante pode ingressar em juízo com demanda que sabe que será julgada improcedente ou, ao menos, extinta sem julgamento do mérito, tendo por

intuito a concretização da transação e não o seu julgamento<sup>93</sup>. Aqui o autor tenta se valer do judiciário, e seus amplos incentivos à conciliação, para “coagir” o reclamado.

Qualquer medida que aumente os custos apenas para o empregador, ou que reduza apenas os custos do empregado acaba correspondendo a um incentivo à formação de demandas frívolas. Como exemplos destas medidas é possível citar as presunções para concessão do benefício da justiça gratuita apenas aos empregados, a prática de realização de “contratos de risco” por advogados do empregado e não do empregador e a reiterada inversão do ônus da prova em face do empregador.

Como exemplo da ideia acima exposta, imagine-se uma construtora com sede em Brasília/DF que ganhe uma licitação para pavimentação de ruas no interior do Nordeste. Como a demanda é temporária, a construtora emprega funcionários locais, os quais são demitidos após a conclusão dos serviços. Para cada nova reclamação trabalhista promovida por cada um desses empregados terá o empregador os custos de defesa em um fórum distante de sua sede. Para se reduzir custos, existem incentivos iniciais para transação, mesmo que os pedidos formulados sejam de ganho improvável, o que tende a ocorrer até que o acúmulo de novas ações impossibilite esta conduta.

Percebe-se que os processos frívolos são formados, essencialmente, por pedidos improváveis (v. seção 1.3.1), e contra eles existem duas medidas: (i) a criação de normas que igualem os custos dos litigantes ou (ii) a recusa, pelo empregador, de transacionar. A primeira opção não parece ser condizente com o padrão protecionista aplicado pelo processo trabalhista em favor dos empregados. Já a segunda opção dependerá inteiramente das estratégias escolhidas pelos empregadores, eis que, p.e., se este possuir poucos empregados, dependendo dos custos do litígio, talvez o retorno esperado com a transação seja maior do que a economia decorrente do desestímulo a futuras demandas frívolas.

Agora, se o empregado ativamente ocasionou o vício processual, cuja sentença veio a reconhecer, tem-se que seu ato corresponde à litigância de má-fé e se enquadra na literalidade dos incisos III, V e VI do CPC. Esta hipótese se concretizará quando o benefício esperado em decorrência do litígio for maior do que o somatório dos custos do processo, incluindo entre estes a multa imposta multiplicada pela probabilidade de sua concretização. Esta situação é

---

<sup>93</sup> Trata-se de ato bem próximo da noção de “suborno” e “coação civil”.

ainda incentivada pela reiterada não imposição desta multa e pela existência de limite máximo da mesma (v. seções 1.3.1, 2.2.2.3 e 2.2.2.2.1).

### 3.3.2 Ato de desistência

É possível que a parte reclamante reaprecie seu retorno esperado e decida por desistir da ação. Esta reapreciação pode ser definitiva (caso perceba que, não importando sua estratégia processual, os custos irão superar os benefícios) ou temporária (caso perceba que, alterando os termos da inicial terá um maior retorno esperado), denominarei a este último caso de “desistência estratégica”.

Antes da Reforma Trabalhista, o pedido de desistência formulado até o momento formal de apresentação da contestação (após a primeira tentativa de conciliação na audiência), não dependia da anuência do reclamado (Art. 485, VIII do CPC). Esta possibilidade servia como incentivo à desistência estratégica, e tendia a ocorrer sempre que o reclamante ansiasse por modificar os termos de sua inicial, após ter acesso à defesa e seus documentos. Destaque-se que este comportamento decorria de três outras regras: (i) a decisão final tem que ser limitada aos termos da exordial; (ii) todas as provas documentais devem ser apresentadas na primeira oportunidade, sob pena de preclusão e (iii) com o processo eletrônico, a defesa e documentos podem ser protocolados a qualquer momento, antes da audiência.

Uma vez que o processo já foi instaurado, significa que o autor já ponderou sobre os benefícios dele decorrentes e estimou que estes compensariam os eventuais custos. Ocorre que, tendo acesso à contestação e seus documentos, há uma mitigação da assimetria de informação antes existente, de modo que o autor agora pode ajustar suas estimativas iniciais de forma mais próxima da realidade, podendo decidir pela desistência em definitivo (reduzindo-se os riscos de maiores custos), ou pela mudança de sua estratégia (eis que o término sem julgamento do mérito lhe possibilita reapresentar seu pedido, mas não o limita aos termos da demanda anterior).

Como exemplo de mudança estratégica, é possível citar um caso no qual o reclamante pleiteie adicional de insalubridade e o reclamado apresente laudos e provas emprestadas que indicam ausência de exposição do empregado a agentes insalubres. Considerando a



possibilidade de sucumbência e custos dela decorrentes, tal desistência corresponderia a comportamento prudente e racional.

Além da desistência, em sentido estrito, outros três comportamentos redundam nos mesmos efeitos: (i) a ausência à audiência inicial, (ii) o ato de negligência que deixa o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano e (iii) quando o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias. Dado o curto espaço de tempo entre o protocolo da demanda e sua sentença inicial, média nacional de 8 meses (CNJ, 2018, p. 144), tem-se que apenas a primeira opção se mostra como razoavelmente viável, ausência esta que apenas ocasiona a obrigação de pagamento das custas processuais (CLT, Art. 844, §2º).

Ocorre que a Reforma Trabalhista incluiu o §3º no Art. 841 da CLT<sup>94</sup> e findou por limitar a possibilidade de desistência estratégica. Atualmente, a condição imposta por este §3 apenas será satisfeita com o efetivo acesso, do reclamante à defesa, excluindo-se tal possibilidade nos casos de protocolo em sigilo, ocasião na qual nem o pedido de homologação de desistência nem a ausência à audiência teriam efeito estratégico benéfico.

Tomando o TRT da 10ª Região como paradigma, os números parecem comprovar o comportamento esperado. Observe-se que, entre 01/2017 e 11/2017 foram protocoladas 48.164 novas ações (OUVIDORIA/TRT10, 2018), tendo o processo sido extinto por ausência do reclamante em 3.851 delas (OUVIDORIA/TRT10, 2019). Já entre 01/2018 e 11/2018 (após a Reforma), foram distribuídas 35.257 novas ações (OUVIDORIA/TRT10, 2018), mas a ausência do reclamante apenas foi observada em 1.650 ocasiões (OUVIDORIA/TRT10, 2019). Ou seja, houve uma redução de 26,80% no número total de ações, mas uma redução de 42,85% no número de desistências decorrentes da ausência do reclamante.

Considerando que o Estado subsidia cerca de 80% dos custos processuais (seção 1.3.4) e que uma vez que uma nova demanda ocasionaria novos custos também aos litigantes, tem-se que permitir e incentivar a desistência estratégica corresponderia a desperdício de recursos que apenas beneficiaria o reclamante, de modo que o citado §3º é norma eficiente e socialmente benéfica.

---

<sup>94</sup> Art. 841 - Recebida e protocolada a reclamação, o escrivão ou secretário, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, remeterá a segunda via da petição, ou do termo, ao reclamado, notificando-o ao mesmo tempo, para comparecer à audiência do julgamento, que será a primeira desimpedida, depois de 5 (cinco) dias.

[...]

§ 3 Oferecida a contestação, ainda que eletronicamente, o reclamante não poderá, sem o consentimento do reclamado, desistir da ação.

Após ter acesso à defesa e seus documentos, o autor pode ter que ajustar suas estimativas quanto aos custos e benefícios esperados com o litígio e, eventualmente decidir que lhe seria mais vantajoso desistir da ação; ocorre que, neste instante, dependerá da anuência do réu. Se este aceitar a desistência, estará anuindo com a extinção do feito sem julgamento do mérito, o que possibilitaria ao autor adequar sua estratégia e protocolar nova demanda com maiores chances de êxito. Neste cenário, o empregador não possui incentivos para aceitar a desistência, ocasião na qual os anseios de ambas as partes apenas serão satisfeitos por meio de uma transação, o que será apreciado na próxima seção (3.4.2), mas antes, cumpre apreciar os aspectos gerais dos incentivos vinculados ao término com resolução do mérito.

### 3.4 TÉRMINO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO

Como já visto no primeiro capítulo (seção 1.3.2), para as partes, os custos vinculados ao julgamento correspondem ao somatório de honorários contratuais (HC), assistenciais (HA), sucumbenciais (HS), periciais (HP) e custas processuais (CP). Naquela seção o foco era apreciar os custos esperados pelo empregado antes do início do litígio, agora a abordagem será ampliada para incluir os custos do empregador para com cada uma destas verbas.

#### 3.4.1 Custos esperados

A respeito dos honorários assistenciais e sucumbenciais, foi indicado que o empregado nunca pagará o primeiro, mas existe um risco de ter de pagar o segundo (caso sucumbente e não beneficiário da justiça gratuita). Já o empregador poderá ter que arcar com ambos os custos, sendo que, se este for uma pessoa jurídica, não existem presunções a lhe facultar a justiça gratuita (Súmula 463, II, do TST<sup>95</sup>).

---

<sup>95</sup> Súmula nº 463 do TST  
ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO  
[...]

II – No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

Considerando que os honorários de sucumbência (HS) podem ser arbitrados entre 5% e 15% (Art. 791-A, da CLT<sup>96</sup>) do benefício esperado (B), assim como que os honorários assistenciais podem ser arbitrados entre 10% e 20% (Súmula 219, V, do TST<sup>97</sup>) também do benefício esperado, faz-se possível construir o seguinte quadro esquemático:

Tabela 4 - Comparativo geral quanto aos honorários de sucumbência e assistenciais

	Sucesso	Derrota
<b>Empregado</b>	<b>Com justiça gratuita</b>	
	HS = 0 + HA = 0	HS = 0 + HA = 0
	<b>Sem justiça gratuita</b>	
	HS = 0 + HA = 0	$0,05.B \leq HS \leq 0,15.B$ + HA = 0
<b>Empregador</b>	<b>Com justiça gratuita</b>	
	HS = 0 + HA = 0	HS = 0 + HA = 0
	<b>Sem justiça gratuita</b>	
	HS = 0	HS + HA Sendo: $0,05.B \leq HS \leq 0,15.B$ $0,05.B \leq HA \leq 0,2.B$

Fonte: Pesquisa e elaboração do autor, 2018.

<sup>96</sup> Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa.

<sup>97</sup> Enunciado 219 do TST: “HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO [...] V - Em caso de assistência judiciária sindical ou de substituição processual sindical, excetuados os processos em que a Fazenda Pública for parte, os honorários advocatícios são devidos entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa (CPC de 2015, art. 85, § 2º).

Percebe-se que a possível acumulação de honorários sucumbenciais e assistenciais gera ao empregador sucumbente um custo de até 35% do benefício esperado, sendo, portanto, maior que o custo máximo esperado pelo empregado (15% do valor por ele atribuído à causa).

No tocante aos honorários contratuais, enquanto o empregado tem à sua disposição a possibilidade de escolher profissionais que ofereçam contratos de risco, tal tende a não ocorrer com o empregador, eis que o principal interesse da defesa não corresponde a obter proveito econômico, mas sim a reduzir o eventual prejuízo decorrente dos pedidos formulados em inicial.

Assim, para o empregador, caso opte por não se valer do *jus postulandi*, incorrerá também nos custos com honorários contratuais (HC). Estes custos independem do sucesso da defesa e devem observar os limites estabelecidos pelas seccionais da OAB. No Distrito Federal estes valores devem ficar entre o mínimo de R\$ 3.900,20 e até 30% dos pedidos do reclamante (OAB/DF, 2019). Destaque-se que o valor máximo depende dos pedidos do reclamante. Como não existem limitações aos valores que podem ser pedidos, também não existem limites aos honorários que podem ser cobrados do empregador.

Assim, em qualquer dos casos, a concessão da justiça gratuita não gera mudanças nos resultados:

Tabela 5 - Comparativo geral quanto aos honorários contratuais

	<b>Sucesso</b>	<b>Derrota</b>
Empregado	HC < 0,3.B	0
Empregador	HC > R\$ 3.900,20	HC > R\$ 3.900,20

Fonte: Pesquisa e elaboração do autor, 2018.

No que tange aos honorários periciais, estes estão vinculados ao sucesso no seu objeto, destarte, havendo condenação na pretensão objeto da perícia, mesmo sendo vitorioso quanto aos demais pedidos, a parte reclamada arcará com a totalidade dos honorários periciais. Neste ponto, os custos esperados são idênticos, tanto para o empregado como para o empregador (v. seção 1.3.2.3); todavia, como inexistente presunção de necessidade para o empregador que seja uma pessoa jurídica, que lhe garantiria a justiça gratuita, tem-se que, ao contrário do empregado, aqui há uma tendência à incidência desta condenação.

O último dos possíveis custos esperados são as custas processuais, que, para qualquer dos litigantes, correspondem a zero (quando concedido o benefício da justiça gratuita) ou 2%, do valor da causa (quando o pedido for julgado improcedente), ou do valor total da condenação (quando julgado procedente).

Considerando todas as informações acima apresentadas, tem-se que, havendo julgamento, dois cenários se fazem possíveis, sendo um primeiro com a concessão de justiça gratuita às partes e um segundo sem este benefício.

Sendo concedida a justiça gratuita, as partes poderão ficar isentas dos honorários de sucumbência, assistenciais, periciais e custas processuais, ou seja, apenas terão de arcar com os honorários contratuais. Como as modalidades de contratação de advogados tendem a ser distintas para cada parte, tem-se que o julgamento gera, ao empregador, um custo mínimo, maior que o do empregado, no importe de R\$ 3.900,20 (piso da tabela de honorário da OAB/DF, com possibilidade de reduzir a zero se optar pelo uso do *jus postulandi*).

Quanto ao custo máximo há uma diferença interessante: os custos das partes se igualam quando os honorários contratuais do empregador corresponderem a 30% do benefício do julgamento; entretanto, enquanto os honorários devidos pelo empregado possuem um valor máximo (30% do proveito econômico), não há teto para honorários devidos pelo empregador.

Não sendo concedida a justiça gratuita, o empregado pode não ter nenhum custo, quando ganhar a demanda, mas, no máximo, arcará com 30% (a título de honorários contratuais) acrescido de até R\$ 4.350,00 (quatro mil, trezentos e cinquenta reais), a título de honorários periciais. Já o empregador, no mínimo, arcará com os honorários contratuais (R\$ 3.900,20) e, no máximo, incorrerá no somatório de todos os custos acima abordados. Em resumo, tem-se o descrito na tabela 6.

Destaque-se que, em tal tabela, mantêm-se as mesmas representações até aqui apresentadas, quais sejam, “HS” para honorários de sucumbência, “HA” para honorários assistenciais, “HC” para honorários contratuais, “HP” para honorários periciais e “CP” para custas processuais.

Tabela 6 - Comparativo geral quanto aos custos no julgamento

Resumo para julgamento		
Com justiça gratuita		
	Empregador	Empregado
<b>Mínimo</b>	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + R\$ 3.900,20 + 0 + 0 \\  &= \\  &\mathbf{R\$ 3.900,20}  \end{aligned}  $	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + 0 + 0 + 0 \\  &= \\  &\mathbf{0}  \end{aligned}  $
<b>Máximo</b>	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + HC + 0 + 0 \\  &\text{Sendo} \\  &\mathbf{HC > 3.900,00}  \end{aligned}  $	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + 0,3B + 0 + 0 \\  &= \\  &\mathbf{0,3B}  \end{aligned}  $
Sem justiça gratuita		
<b>Mínimo</b>	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + R\$ 3.900,20 + 0 + 0 \\  &= \\  &\mathbf{R\$ 3.900,20}  \end{aligned}  $	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + 0 + 0 + 0 \\  &= \\  &\mathbf{0}  \end{aligned}  $
<b>Máximo</b>	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0,15B + 0,2B + HC + R\$ 4.350,00 + 0,02B \\  &= \\  &\mathbf{0,27B + R\$ 4.350,00 + HC} \\  &\text{Sendo } HC > 3.900,00  \end{aligned}  $	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + 0,3B + R\$ 4.350,00 + 0 \\  &= \\  &\mathbf{0,3B + 4.350,00}  \end{aligned}  $

Fonte: Pesquisa e elaboração do autor, 2018.

De forma geral, é possível afirmar que, para o empregado, não importam os custos impostos ao empregador e ao Estado, pelo que seu comportamento será determinado apenas pelo retorno por ele esperado, tudo conforme visto na seção 1.3 do primeiro capítulo. Entretanto, conforme visto na seção 3.3.2, esta diferença de custos, em favor do reclamante, serve como incentivo à formação de demandas frívolas.

No que tange ao empregador, este também moldará seu comportamento de modo a obter o melhor retorno esperado possível; todavia, este retorno depende dos pedidos formulados pelo reclamante. Com base nos custos acima apontados, tem-se que a simples existência da demanda já gera custos ao empregador, eis que, mesmo que o pedido inicial seja julgado improcedente e este use o *jus postulandi*, ainda teve que participar de audiências, preparar defesa, coletar provas etc. O uso de comportamento estratégico o conduzirá a duas medidas: (i) investir em mecanismos de prevenção, que aumentem a probabilidade de o pedido inicial ser julgado improcedente e (ii) buscar meios de reduzir o custo esperado com o litígio. Como exemplo destas medidas citem-se a contratação de advogados com pagamentos fixos e periódicos e a construção e organização de acervo probatório que o torne independente do ônus da prova estabelecido pelo magistrado.

Já o magistrado, como regra geral, não possui incentivos à redução de nenhum dos custos aqui apontados; todavia, pode moldá-los de modo a facilitar a concretização de transações judiciais, tema da próxima seção.

### 3.4.2 Término com transação

Os litigantes podem, eventualmente, decidir que uma transação judicial lhes será mais benéfica que aguardar pelo julgamento, decisão esta que observa incentivos específicos, os quais serão agora analisados, partindo-se da análise dos seus custos.

#### 3.4.2.1 Custos vinculados à transação

Se os litigantes conseguirem prever o provável resultado do litígio, poderão, também, prever os custos em que incidirão. Nesta hipótese, com a transação judicial poderão economizar os custos do litígio, a esta economia denominarei “benefício transacional”. Entretanto, uma vez que a demanda já existe, alguns dos custos dela decorrentes não poderão ser evitados, pelo que a valoração do benefício transacional depende da identificação dos custos que podem ser, ao menos, reduzidos.

Partindo dos honorários de sucumbência, tem-se que inexistente norma a regular a sua exigibilidade para os casos de realização de acordos trabalhistas; todavia, em tese, inexistindo

sentença inexistiria condenação aos ônus da sucumbência. Ocorre que é lícito às partes livremente disporem do objeto da transação, o que, dada a inexistência de limitação legal, inclui os honorários de sucumbência e os assistenciais. Ou seja, quanto aos sucumbenciais (HS) pode ser devido por qualquer das partes, mas quanto aos assistenciais (HA) persiste como verba eventualmente devida apenas pelo empregador, mas com ausência apenas da incerteza quanto à condenação, dado que não corresponderá à imposição, mas a termo expreso da transação.

A respeito dos honorários contratuais, a regulação exercida pela OAB não apresenta ressalvas quanto aos valores devidos em caso de acordo, de feita que nesta ocasião os limites se revelam idênticos aos indicados na seção 3.4.1. Assim, os honorários devidos pelos empregados terão o limite máximo de 30% do proveito econômico (v. seção 1.3.2.2), enquanto que os devidos pelos empregados corresponderão ao mínimo de R\$ 3.900,20 (v. seção 3.4.1).

Se a transação ocorrer antes de efetivada a perícia, as partes podem evitar os custos com honorários periciais. Neste ponto, observado o controle do empregador sobre as atividades desempenhadas por seus empregados, há de se supor que ele tende a prever, com maior precisão que o empregado, o resultado da perícia, pelo que possui esta vantagem quando de eventual negociação.

Vindo a transação a ocorrer após já efetivada a perícia, os honorários periciais corresponderão a um custo esperado. Todavia, o Art. 90, § do Código Civil<sup>98</sup>, autoriza a livre distribuição, entre os litigantes, das despesas processuais, possibilidade esta que pode ser usada pelos mesmos em detrimento do Estado. Isto porque, visando ao aumento do benefício transacional, os litigantes podem direcionar os ônus da sucumbência à parte beneficiária da justiça gratuita. Esta prática é autorizada por lei, incentiva a formação de acordos e transfere a terceiros (o Estado), os ônus dos litigantes.

As custas processuais mantêm-se fixas no percentual de 2% (dois por cento), mesmo nos casos de transação, sendo a estas aplicável argumento semelhante ao visto no parágrafo anterior: as partes podem estabelecer quem arcará com este custo, sendo que, não o fazendo estas deverão ser igualmente distribuídas entre os litigantes<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Art. 90 [...] § 2º Havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente.

<sup>99</sup> CLT. Art. 789. § 3º Sempre que houver acordo, se de outra forma não for convencionado, o pagamento das custas caberá em partes iguais aos litigantes.



Constata-se que, para o caso de concretização de um acordo judicial, os custos esperados pelas partes serão diferentes dos esperados em caso de julgamento. Assim, com justiça gratuita, no mínimo o custo dos litigantes corresponderá apenas ao valor dos honorários contratuais (R\$ 3.900,20, para o empregador e 10% do benefício da transação, para o empregado). No máximo, o reclamante se beneficia da ausência de obrigação para com honorários assistenciais e pela limitação de 30% aos honorários contratuais. Em resumo tem-se o seguinte:

Tabela 7 - Comparativo geral quanto aos custos na transação judicial

Resumo para transação		
Com justiça gratuita		
	Empregador	Empregado
<b>Mínimo</b>	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + R\$ 3.900,20 + 0 + 0 \\  &= \\  &\mathbf{R\$ 3.900,20}  \end{aligned}  $	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + 0 + 0 + 0 \\  &= \\  &\mathbf{0}  \end{aligned}  $
<b>Máximo</b>	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + HC + 0 + 0 \\  &\text{Sendo} \\  &\mathbf{HC > 3.900,00}  \end{aligned}  $	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + 0,3B + 0 + 0 \\  &= \\  &\mathbf{0,3B}  \end{aligned}  $
Sem justiça gratuita		
<b>Mínimo</b>	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + 3.900,20 + 0 + 0,01B \\  &= \\  &\mathbf{R\$ 3.900,20 + 0,01B}  \end{aligned}  $	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + 0,1B + 0 + 0,01B \\  &= \\  &\mathbf{0,11B}  \end{aligned}  $
<b>Máximo</b>	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0,15B + 0,2B + HC + R\$ 4.350,00 + 0,01B \\  &= \\  &\mathbf{0,26B + R\$ 4.350,00 + HC} \\  &\text{Sendo } HC > 3.900,00  \end{aligned}  $	$  \begin{aligned}  &HS + HA + HC + HP + CP \\  &= \\  &0 + 0 + 0,3B + R\$ 4.350,00 + 0,01B \\  &= \\  &\mathbf{0,31B + 4.350,00}  \end{aligned}  $

Fonte: Pesquisa e elaboração do autor, 2018.

Percebe-se que não são perceptíveis grandes diferenças entre os custos esperados na transação dos custos esperados no julgamento; todavia, os litigantes aplacam toda incerteza decorrente do julgamento e ainda têm a possibilidade de atribuir os custos à parte detentora do benefício da justiça gratuita.

Cumpra ainda apontar que, tanto na transação como no julgamento, os custos do empregador tendem a ser maiores que os do empregado. Ademais, não sendo o empregador beneficiado com a justiça gratuita, seus custos tendem a ser maiores no julgamento quando comparado à transação. Supõe-se que uma maior concessão deste benefício ao empregador induziria a realização de menos acordos ao tempo que redundaria em um maior número de julgamentos. Diante destas considerações cumpre agora abordar os incentivos que tornam a transação possível.

#### *3.4.2.2 Estrutura de incentivos*

A transação judicial ocorre quando uma demanda já existe, e os litigantes decidem pôr fim ao processo por meio de concessões mútuas e voluntárias. Para chegar a esta decisão, cada parte irá ponderar sobre seus benefícios e custos esperados, e isto ocorrerá de forma semelhante à feita pelo empregado, antes do início do litígio (v. seção 1.3.3).

Um acordo tende a se concretizar quando a oferta máxima feita pelo reclamado for maior ou igual à oferta mínima aceitável pelo reclamante. A oferta máxima do reclamado e a mínima aceitável pelo reclamante tendem a corresponder ao retorno, por eles esperado, para o litígio. Em outras palavras, quanto mais previsível for o resultado do julgamento, maiores as chances de as partes transacionarem.

Esta previsibilidade do resultado do julgamento depende de dois fatores, quais sejam: (i) a assimetria de informações existentes entre os litigantes e (ii) e a assimetria de informações existentes entre estes e o judiciário, ou seja, a capacidade dos litigantes em prever o direito a ser aplicado ao caso pelo julgador.

Aqui cumpre lembrar que cada litigante aprecia seus próprios interesses e cria suas próprias estimativas quanto às chances de sucesso do litígio. Ocorre que esta apreciação apenas considera as informações que lhe estão disponíveis, razão pela qual a assimetria existente entre o conhecimento de cada um dos litigantes é comumente elencada como o principal inibidor da conciliação (FARMER; PECORINO, 2005, p. 137).

Antes do início da demanda nenhuma das partes conhece os argumentos e provas possuídas por seu oponente, de modo que cada um é possuidor de um conjunto de informações privadas, sobre as quais criam estimativas próprias, e únicas, a respeito do futuro litígio. Ao

longo da demanda, esta assimetria tende a ser gradativamente reduzida até o instante final da instrução probatória, o que torna possível afirmar que, quanto mais etapas da instrução probatória são superadas, maiores as chances de concretização de um acordo.

Entretanto, é oportuno destacar que novas etapas processuais tendem a gerar novos custos aos litigantes e, quanto maiores os custos, mais difícil será, para estes, alcançar o retorno esperado. Razão pela qual, p.e., espera-se que seja mais fácil realizar uma transação antes da realização de uma perícia, eis que, assim, evitar-se-á o pagamento dos honorários periciais, economia esta que poderá ser distribuída entre as partes e tornará mais fácil obter o retorno esperado.

Ciente disto, um magistrado pode incentivar a realização de acordos, conduzindo o processo primeiro para produção das provas que gerem menores custos, como a oitiva das partes e depoimento das testemunhas, para, apenas por último, efetivar as perícias. Este comportamento lhe seria benéfico (cada acordo efetivado corresponderá a um processo a menos a ser sentenciado), ao mesmo tempo em que beneficiaria as partes (em tese uma transação satisfaz aos anseios de todos os litigantes) e tenderia a reduzir os custos sociais (no mínimo, pela resolução mais célere da demanda).

Ademais, considerando um processo em que os fatos se tornaram incontroversos, a formação de um acordo ainda dependerá da previsibilidade do julgamento esperado. Se as partes concordarem com os fatos, mas tiverem opiniões díspares quanto ao direito aplicável, discordarão, também, do provável resultado final do litígio.

Uma implicação de todas estas considerações é que o subinvestimento em capital jurídico (v. seção 1.1) tende a ocasionar um aumento da divergência entre as probabilidades subjetivas de êxito do reclamante atribuídas pelo próprio reclamante e pelo reclamado (GICO JR., 2014, p. 184), o que tende a desestimular a formação de acordos.

Um último fator a incentivar a concretização de transações é a redução dos custos esperados nela, quando comparados aos decorrentes do julgamento. A transação tenderá a ocorrer se existir este excedente, o qual poderá ser distribuído entre os litigantes de modo a tornar mais fácil o alcance do retorno por ambos esperado.

Observe-se que, antes do início da demanda, as limitações, quer impostas por lei quer decorrentes do relacionamento entre as partes, geram custos que incentivam a formação do litígio (seção 1.3.3). Todavia, após o início do litígio, estes custos são mitigados eis que podem,

mesmo que parcialmente, ser transferidos ao Estado, o qual não apenas arca com a maior parte dos gastos do processo como ainda pode assumir novos custos em decorrência dos termos da transação firmada (como no caso de a obrigação com as custas processuais ficar sob encargo do beneficiário da justiça gratuita).

Conclui-se que, a despeito de implicitamente incentivar a litigância (v. seção 1.3.3), a norma trabalhista expressa e reiteradamente incentiva a realização de acordos (v. seção 1.4). A única conclusão racional é que a norma entende que a transação é sempre benéfica quando feita sob os cuidados de um magistrado. Todavia, esta estrutura ignora que existem transações que podem ser socialmente indesejáveis, tema que será apreciado na próxima seção.

#### *3.4.2.3 Transações socialmente indesejáveis*

Existe um senso comum, decorrente da própria estrutura normativa brasileira (v. seção 1.4), segundo o qual todo acordo entre litigantes é socialmente benéfico e deve ser incentivado. Ocorre que tal raciocínio vai de encontro ao demonstrado pela teoria juseconômica, notadamente pelos trabalhos de Polisky e Rubinfeld (1988), Spier (1997), Shavell (1997) e Friedman e Wickelgren (2008b), os quais ressaltam o fato de que esta ampla possibilidade de transações pode anular o poder de dissuasão da norma.

Como exemplo desta situação, cite-se o décimo terceiro salário, cujo pagamento deve ser efetuado em duas parcelas, sendo que a última deve ocorrer até o dia 20 de dezembro. Ao criar as datas limites<sup>100</sup> o legislador poderia querer incentivar o consumo para atender a algum plano econômico específico. Ao permitir que as partes livremente transacionem forma e época deste pagamento, sem nenhum escrutínio, punição ou limitação, tem-se que o judiciário estaria contradizendo os anseios estatais e prejudicando a concretização da política estabelecida pela escolha pública.

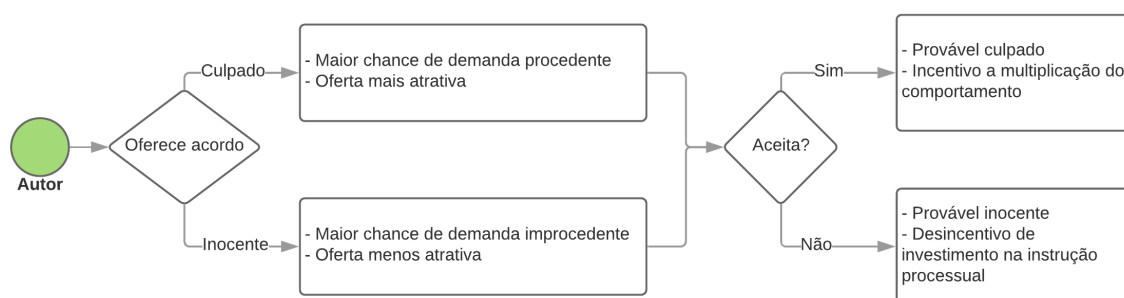
---

<sup>100</sup> A justificativa oficial da Lei 4.090/61 era de que esta visava tornar obrigatória a prática voluntária e rotineiramente efetivada por várias empresas. (PL 440/1959)  
A obrigatoriedade de divisão em duas parcelas, assim como as suas datas limites foram estabelecidas pela Lei 4.749/65 a qual decorre do PL 2.839/65; a justificativa oficial foi de que o pagamento em uma única parcela aumentava o poder de compra e induzia a uma maior procura por bens de consumo, induzindo, portanto, a um aumento inflacionário. (PL 2.939/1965).

Além disso, é possível que a irrestrita liberdade de transacionar judicialmente crie na sociedade algo semelhante ao “mercado de abacaxis”<sup>101</sup> conforme exposto por George Akerlof (1970), eis que, diante de uma oferta do autor, o reclamado que sabe que é culpado, achará a proposta mais atrativa que o inocente, dado que sabe que uma instrução probatória possui maiores chances de conduzir a um julgamento procedente. Se a oferta de acordo for rejeitada é provável que o réu seja inocente, o que induziria o autor e o judiciário a não investir recursos e esforços na citada instrução. Ocorre que instruções deficientes tendem a macular a verdade estabelecida pela coisa julgada e a incentivar o comportamento danoso originador dos litígios, o que apenas poderia ser evitado se as condenações em processos que possibilitam transação impusessem penalidades adicionais com finalidade inibidora.

Em resumo tem-se o seguinte:

Figura 2 - Comportamento esperado em transações



Fonte: Pesquisa e elaboração do autor, 2018.

A afronta à escolha pública e a indução ao comportamento danoso e legalmente vedado corresponde a custo social arcado pela economia gerada pela transação judicial<sup>102</sup>, ou seja, sempre existem sacrifícios envolvidos na permissão da transação, quer seja no incentivo ao comportamento danoso, quer seja no desincentivo do comportamento legal (FRIEDMAN; WICKELGREN, 2008, p. 150).

Uma vez que existe o incentivo trabalhista de que acordos entre empregados e empregadores sejam feitos judicialmente, tem-se que a atual estrutura legislativa possibilita uma clara delimitação da situação aqui narrada, assim como permite uma fácil implantação de

<sup>101</sup> Tradução adaptada o “Market for Lemons”.

<sup>102</sup> É provável que este comportamento induza à litigância, pelo que ainda é possível questionar se realmente existe uma economia.

políticas que visem à redução dos custos sociais apresentados, o que pode ser alcançado pela limitação de transações específicas ou pela criação de compensações financeiras.

### 3.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quanto ao abordado neste capítulo tem-se que algumas considerações devem ser apresentadas de modo a se relacionar todos os temas abordados. Observe-se que, no caso de concretização de um acordo judicial, tem-se que a relação é levemente distinta da regra geral observada no término do litígio com resolução do mérito. Naquele caso, com justiça gratuita, no mínimo o custo do empregador seria maior no importe de R\$ 3.900,20 (com possibilidade de reduzir a zero se optar pelo uso do *jus postulandi*) e do empregado no percentual de 10% do benefício da transação, e, no máximo, igualando-se quando os honorários contratuais do empregador corresponderem a 30% do benefício da transação.

Tal constatação comprova que os custos do empregador, com o litígio, tendem a ser maiores que os do empregado, a aumentar conforme maiores forem os pedidos feitos na inicial e, estes, tendem a aumentar conforme maiores forem as chances de se obter os benefícios da justiça gratuita. Toda esta situação gera um prejuízo imotivado, eis que o aumento dos custos do empregador não corresponde, necessariamente, à concessão de algum benefício ao empregado e ainda resulta em incentivo para formação de demandas frívolas.

Outro ponto a ser observado é que, a despeito da posição relativamente passiva em relação ao litígio, eis que não exerceu gerência ativa sobre seu início, tem-se que o empregador pode ponderar sobre os custos esperados pelo litigante e, com base neles, causar-lhe dano. Em termos práticos, imagine-se uma loja localizada em setor urbano, que possua empregados trabalhando após as 22h; isso ocasionará um custo adicional de 20% sobre o valor da hora de trabalho regular para cada cinquenta e dois minutos e trinta segundos (Art. 73 da CLT<sup>103</sup>). Assim, cada empregado com salário no importe de R\$ 1.000,00 que trabalhe 44h por semana teria direito a um acréscimo mensal de R\$ 27,27 por cada hora noturna trabalhada. Supondo

---

<sup>103</sup> CLT, Art. 73. Salvo nos casos de revezamento semanal ou quinzenal, o trabalho noturno terá remuneração superior a do diurno e, para esse efeito, sua remuneração terá um acréscimo de 20% (vinte por cento), pelo menos, sobre a hora diurna.

§ 1º A hora do trabalho noturno será computada como de 52 minutos e 30 segundos.

§ 2º Considera-se noturno, para os efeitos deste artigo, o trabalho executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte.

uma média de permanência no emprego de 24 meses, poderia o empregador optar por não efetuar o pagamento da hora noturna se estimasse que os custos de litígio do empregado fossem de, pelo menos, R\$ 718,11 (setecentos e dezoito reais e onze centavos)<sup>104</sup>. O empregador poderia ainda incluir neste cálculo os ganhos decorrentes de sua conduta; assim, optaria por causar o dano, mesmo ciente de que estaria induzindo a formação de um litígio, se o ganho decorrente da conduta for maior que o somatório do dano com os custos da demanda. Este possível cenário leva à conclusão de que o aumento nos custos de litigância, para o empregado, incentiva o aumento dos danos conscientemente impostos, já o aumento dos custos para o empregador serve como limitador desta conduta.

Outra consideração a ser feita é que restou evidente que os custos decorrentes do litígio podem incentivar o aumento ou diminuição da quantidade de demandas, atos processuais e transações. Como cada parte apenas analisa seus próprios custos, forma-se um abismo entre os interesses das partes em litigarem e os interesses da sociedade para que litígios se formem. Já foi demonstrado que as transações, no âmbito trabalhista, tendem a gerar benefícios para as partes, mesmo sendo socialmente indesejadas, e um raciocínio semelhante pode ser aplicado a todo o processo judicial, eis que o mesmo pode, ou não, ser socialmente desejado.

Por fim, cumpre destacar que a Justiça Trabalhista é, dentre os integrantes do Poder Judiciário brasileiro, a que apresenta maior índice de conciliação (v. seção 1.3.3); todavia, não existem indícios que demonstrem que tal decorre da estrutura de incentivos existente percebida após o início do processo. Todo o exposto parece indicar que as limitações impostas à realização de transações extrajudiciais findam por ser o fator mais decisivo para o tema.

---

<sup>104</sup> Valor que leva em conta incidência sobre salário mensal, férias e 13º salário.

## CONCLUSÃO

Resta evidente que o processo trabalhista é um intrincado conjunto de mecanismos que se autoinfluenciam. Qualquer mudança que vise gerar maior eficiência deve, necessariamente, antever as suas consequências em todo o sistema, as quais são geradas por influências diretas e indiretas. Como exemplo destas influências diretas cite-se a criação dos honorários de sucumbência, cuja existência tende a modificar os pedidos formulados nas iniciais e incentivar a transação. Como exemplo das influências indiretas tem-se que os beneficiados pela presunção de recebimento da justiça gratuita tendem a criar atos protelatórios na instrução processual, que maculam a celeridade e incentivam a litigiosidade.

Esta dissertação tinha por objetivo expor todas essas relações, esclarecendo qual a estrutura de incentivos existente no processo trabalhista e demonstrando que existe uma causalidade previsível e identificável a ligar as normas ao comportamento dos agentes do processo.

Em resumo, pode-se ressaltar, como pressuposto básico, que, para que um litígio se inicie, é necessário que o benefício dele esperado menos os custos dele decorrentes sejam maiores do que zero. Uma consequência lógica disto é que qualquer alteração em um destes dois itens necessariamente afetará a litigiosidade esperada. Neste sentido, um exemplo é que a imposição de penalidades para o caso de derrota reduz o número de demandas frívolas, sendo que esta penalidade deve ser vista em sentido amplo, podendo ser alcançada, p.e., tanto pelas custas processuais como pelos honorários de sucumbência.

O fato de as custas independerem dos atos praticados deve ser enfatizado, eis que incentiva o exercício de atos protelatórios e aumenta a duração do processo; todavia, não encontra nenhuma justificativa plausível em uma realidade na qual todas as varas trabalhistas do país já atuam por meio do Processo Judicial Eletrônico. Parece equivaler a um desperdício que restou esquecido pelo legislador.

A atuação do legislativo também parece ser prejudicial em dois outros assuntos, quais sejam, na questão da contradita às testemunhas e nas limitações das transações extrajudiciais. Pelo que, ao determinar que a prova da contradita seja feita na própria audiência, dificulta a demonstração da verdade e incentiva que os litigantes ignorem as vedações legais sobre o tema, desde que, com isso, possam se beneficiar. Já, ao limitar a livre transação extrajudicial,



tacitamente parece criar um novo tipo de incapaz: o empregado, e o pior, essa incapacidade apenas pode ser sanada pela presença de um magistrado, o que multiplica o volume de demandas. Entre 2015 e 2017, a justiça trabalhista apresentou um total médio de 19,49% a mais de acordos que o observado em demandas cíveis (seção 1.3.3). Como outra causalidade não foi encontrada, este parece ser o exato número de litígios gerado pela escolha legislativa de limitação das transações extrajudiciais.

Além destes, foram identificados outros desperdícios para os quais o legislador pareceu tentar evitar, mas cujo intuito foi frustrado pelo judiciário, ocasiões nas quais o sistema de freios e contrapesos pareceu se voltar contra a sociedade. Por exemplo, o legislador optou pela aplicação dinâmica do ônus da prova, o que gera imprevisibilidade aos litigantes, maiores custos sociais e até incentivos à alteração dos fatos narrados na inicial. Estes dois últimos efeitos adversos poderiam ser mitigados pela multa por litigância de má-fé, todavia esta tende a não ser aplicada pelo judiciário. O legislador ainda optou por reduzir o rol de presumíveis beneficiários da justiça gratuita, o que reduziria o número de litígios, e, dentro destes, reduziria o número de pedidos improváveis; todavia, o TST ampliou tal presunção tornando-a a regra geral aplicável a todos os empregados.

Talvez este conflito entre legislativo e judiciário seja o motivo da ausência de mecanismos mais limitadores quanto a eventual má atuação dos magistrados, para os quais não existem incentivos eficazes para o aumento da celeridade, o combate aos erros, o melhor alcance da verdade real e a redução de custos sociais em cada demanda.

A relação entre as partes e seus advogados também ganhou destaque, realçando o problema agente-principal e demonstrando como uma transação privada e sigilosa finda por conduzir a postura dos litigantes por todo o litígio, influenciando de forma decisiva nos pedidos formulados e, por isso, gerando custos para toda a sociedade. Este tema específico pode ainda ser ampliado para estudos futuros, de modo a se constatar as influências aqui observadas em relação à obrigatoriedade do exame da ordem, o poder e interesse fiscalizador da OAB sobre os termos de sua regulação e sobre os limites e possibilidades da atuação do advogado aliada ao livre exercício de sua profissão.

A pesquisa construída demonstra que a rede de influências e incentivos do processo trabalhista pode ser mapeada, revelando complexidades e alcances distintos para cada um dos tópicos analisados. Percebe-se que o benefício da justiça gratuita altera os incentivos em todas as etapas do processo judicial, enquanto que a multa por litigância de má-fé apenas altera os

possíveis pedidos formulados na inicial e o comportamento dos litigantes durante a instrução processual<sup>105</sup>. Como resumo de todo o abordado é possível construir a seguinte tabela:

Tabela 8 - Resumo de influência sobre o comportamento dos litigantes

	Início	Instrução	Desistência		Transação	Análise de mérito
			Pré-defesa	Pós-defesa		
<b>Custas</b>			X	X	X	
<b>Justiça gratuita</b>	X	X	X	X	X	X
<b>Má-fé</b>	X	X				
<b>Hon. contrato</b>	X		X	X	X	X
<b>Hon. sucumbência</b>	X			X	X	
<b>Hon. perito</b>	X	X				

Fonte: Pesquisa e elaboração do autor, 2018.

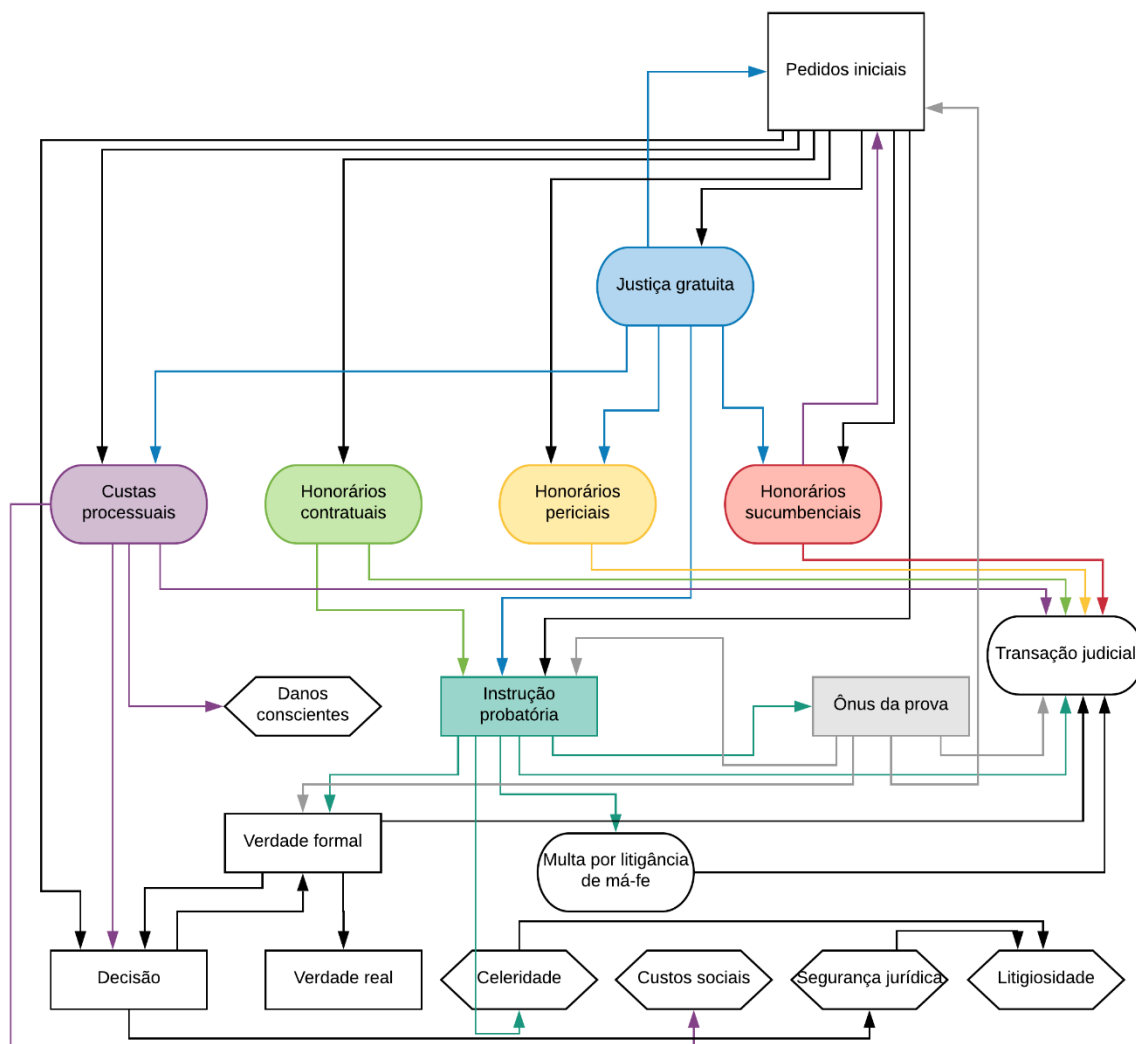
Como os incentivos se influenciam mutuamente, qualquer mudança ansiada deveria observar essas relações de modo a evitar efeitos contrários ou, ao menos, preparar-se para estes. Os capítulos anteriores abordaram os fundamentos de tais causas e efeitos, os quais podem ser demonstrados pelo mapeamento na figura 3.

Percebe-se que o sistema normativo aplicável ao processo trabalhista é amplo e subjetivo o suficiente de modo a possibilitar melhorias com investimentos mínimos. Assim, p.e., uma redução da litigiosidade é possível com a redução da concessão do benefício da justiça gratuita, o que gera um aumento dos custos esperados para o reclamante. Já para uma redução dos gastos estatais com cada demanda, uma alternativa seria um mais amplo uso da punição por litigância de má-fé decorrente do uso de atos protelatórios, e estes dois efeitos poderiam ser alcançados sem nenhuma alteração legislativa. Todavia, atentando ao princípio da legalidade, tem-se que um sistema mais eficiente dependeria de mudanças em pontos como a forma de

<sup>105</sup> Propositamente excluo desta conclusão a condenação em multa decorrente da apresentação de embargos declaratórios com intuito protelatório, eis que, apesar da comum confusão aplicada em sentenças, possui fundamentação e valores diferentes.

cobrança das custas processuais e a ampliação das possíveis transações extrajudiciais, portanto, dependentes de lei específica.

Figura 3 - Resumo de relações



Fonte: Pesquisa e elaboração do autor, 2018.

Propositalmente, e atendendo aos pressupostos apresentados na introdução, não foram apreciadas as demandas coletivas, as individuais movidas por menores de idade, as que apresentam litisconsorte passivo ou as especificidades das condenações solidárias e subsidiárias. Todas estas situações gerariam interessantes desdobramentos, tanto quanto aos incentivos observáveis, como à ampliação do problema agente-principal, todavia fugiriam ao escopo deste trabalho.

Conclui-se que a AED encontra no Brasil amplo espaço de aplicação, sendo ferramenta adequada à identificação das estruturas de incentivos presentes do processo trabalhista; todavia, a inediticidade desta pesquisa encontra alguns limites clássicos, principalmente no tocante à ausência de dados específicos, tais como os exatos números quanto à condenação por litigância de má-fé ou das transações concretizadas extrajudicialmente.

Agora dois caminhos se abrem para apurações mais detalhadas. De um lado seria fascinante complementar este estudo com o levantamento da estrutura de incentivos suscitada pelo direito material trabalhista; no segundo capítulo tomei a liberdade de tecer comentários pontuais sobre o tema, quando apreciando casos de inversão do ônus da prova. Entretanto, um estudo focado no direito material levaria toda compreensão do direito trabalhista a um novo nível. Uma segunda vertente de pesquisa seria complementar a este estudo com a análise dos atos praticados pelo judiciário, o que se revelaria valiosa ferramenta para conduzir a atuação dos cartórios e secretarias para meios mais seguros e eficientes.

## REFERÊNCIAS

AKERLOF, George A. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

AXELROD, Robert. **The evolution of cooperation**. Nova York: Basic Books, 1984.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. **Direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2016.

ANAMATRA. **1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

BARTLET, Randall. **Economics and power** - an inquiry into human relations and markets. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

BEBCHUK, L. A. Litigation and settlement under imperfect information. **The RAND Journal of Economics**, v. 15, n. 3, p. 404-415, 1984.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. (Ediciones Jurídicas y Sociales).

BUCHANAN, James M. **The limits of liberty**: between anarchy and leviathan. Indianápolis: Liberty Fund Inc, 2000[1975]. v. 7.

BUCHANAN, James M.; YOON, Yong J. Symmetric tragedies: commons and anticommons property. **Journal of law and economics**, v. 43, p. 1-14, 2000.

BOUDON, Raymond. **La place du désordre**. Paris: Presses Universitaires de France, 1984.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (Lei nº 13.105, de 16/03/2015). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Código Civil** (Lei nº 10.406, de 10/01/2002). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis do Trabalho** (Decreto-lei n.º 5.452, de 01/05/1943). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto 95.247**, de 17 de novembro de 1987. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D95247.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D95247.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Emenda Constitucional n. 72**, de 3 de abril de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.192**, de 14 de fevereiro de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10192.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10192.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 440**, de 1959. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD11JUN1959.pdf#page=69>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<http://tst.jus.br/sumulas>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Orientações jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/ojs>>. Acesso em: 5 jan. 2019.

CAVALCANTE, Henrique A. **A lógica do processo**: uma análise juseconômica do processo civil brasileiro. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2012.

CAVALCANTE, Henrique Haruki; GICO JR., Ivo. **Despacho Saneador e Assimetria da Informação**. 2017. Disponível em:

<[https://www.researchgate.net/publication/328080180\\_Despacho\\_Saneador\\_e\\_Assimetria\\_da\\_Informacao](https://www.researchgate.net/publication/328080180_Despacho_Saneador_e_Assimetria_da_Informacao)>. Acesso em: 23 mar. 2019.

COASE, R. H. **A firma, o mercado e o direito / Ronald Coase**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. (Coleção Paulo Bonavides).

COHEN, George M. The negligence-opportunism tradeoff in contract law. **Hofstra Law Review**, v. 20, p. 941-1016, 1992.

CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Resolução 154**, de 28 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/71603>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbffa44931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Justiça em números**: Painel CNJ. Brasília: CNJ, 2019a. Disponível em: <[https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw\\_l/PainelCNJ.qvw&host=QVS@neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_l/PainelCNJ.qvw&host=QVS@neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT)>. Acesso em: 1 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Remuneração dos Magistrados**. 2019b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/transparencia/remuneracao-dos-magistrados>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 232**, de 13 de julho de 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2309>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

COOTER, Robert; LAW, B.; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Boston: Berkeley Law Books, 2016. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2/>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

COOTER, Robert; MARKS, Stephen; MNOOKIN, Robert. Bargaining in the shadow of the law: a testable model of strategic. **The Journal of Legal Studies**, v. 11, Faculty Scholarship, p. 225-251, jan. 1982.

COOTER, R.; ULLEN, T. **Direito & Economia**. Tradução de SOARES, L. M. COSTA, F. A. da. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORREGEDORIA/TRT10. **Produtividade dos magistrados**. 2019. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/institucional/corregedoria/?pagina=produtividade1grau/produtividade1.php>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Compendio de la prueba judicial**. Rubinzal: Culzoni Editores, 1984. Tomo I.

FARMER, Amy; PECORINO, Paul. Civil litigation with mandatory discovery and voluntary transmission of private information. **The Journal of Legal Studies**, v. 34, p. 137-159, 2005.

FRIEDMAN, Ezra; WICKELGREN, Abraham L. Chhilling, settlement and the accuracy of the legal process. **The Journal of Law, Economics & Organization**, v. 26, n. 1, Northwestern University, 2008a.

\_\_\_\_\_. No free lunch: how settlement can reduce the legal system's ability to induce efficient behavior. **S. M. U. Law Review**, v. 61, Northwestern University, p. 1355-1376, 2008b. Disponível em: <<https://scholar.smu.edu/smulr/vol61/iss4/2>>. Acesso em 11 abr. 2019.

GICO JR., I. T. Anarquismo judicial e segurança jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 479-499, 2015.

\_\_\_\_\_. **A Tragédia do Judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação - FACE, Departamento de Economia. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2012.

\_\_\_\_\_. A Tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, n. 267, p. 163-198, 2014. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462/44453>>. Acesso em: 11 abr. 2019.



\_\_\_\_\_. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, jan./jun. 2010.

\_\_\_\_\_. O Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância. **Revista Direito GV**, v. 9, Iss. 2, 2013. Disponível em: <[http://works.bepress.com/ivo\\_teixeira\\_gico\\_junior/56/](http://works.bepress.com/ivo_teixeira_gico_junior/56/)>. Acesso em: 6 jan. 2019.

HAY, Bruce L.; SPIER, Kathryn E. Burdens of proof in civil litigation: an economic perspective. **The Journal of Legal Studies**, v. 26, n. 2, p. 413-431, jun. 1997.

IBGE. **População do Brasil**. 2017. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/trabalho/17270-pnad-continua.html?=&t=downloads>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

KAPLOW, Louis. Private versus social costs in bringing suit. **The Journal of Legal Studies**, v. 15, p. 371-385, jun. 1986.

\_\_\_\_\_. “Burden of Proof”. **Yale Law Journal**, v. 121, Cambridge: Harvard Law School, p. 1-94, 2012.

LANDES, William M. An economic analysis of the courts. **Journal of Law and Economics**, v. 14, n. 1, p. 61-107, abr. 1971.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. Legal precedent: a theoretical and empirical analysis. **The Journal of Law and Economics**, v. 19, p. 249-308, fev. 1976.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (dir.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishers, 2000. p. 402-415. v. 1.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. Tradução: Rachel Sztajn. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. **O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista** — ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. jun. 2017. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-acesso-a-justica-sob-a-mira-da-reforma-trabalhista-ou-como-garantir-o-acesso-a-justica-diante-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael; GREEN, Jerry R. **Microeconomic Theory**. Nova York: Oxford University Press, 1995.

MENELL, Peter S. A note on private versus social incentives to sue in a costly legal system. **The Journal of Legal Studies**, v. 12, p. 41-52, 1983.

MICELI, Thomas J.; COSGEL, Metin M. Reputation and judicial decision-making. **Journal of Economic Behavior and Organization**, North-Holland, v. 23, n. 1, p. 31-51, 1994.

MISES, Ludwig von. **Ação Humana** - Um Tratado de Economia. 3. ed. São Paulo: Mises Brasil, 2010.

MURRAY, Charles. **Losing ground** - american social policy. Nova York: Basic books, 1984.

OAB/Conselho Federal. **Institucional/Quadro de Advogados. Quantitativo Total**. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

OAB/DF. **Tabela de honorários**. 2019. Disponível em: <<http://www.oabdf.org.br/servicos/ao-advogado/tabela-de-honorarios/>>. Acesso em: 7 jan. 2019.

OUVIDORIA/TRT10. **Processo Administrativo 0000159-34.2019.5.10.8000**. 30 jan. 2019. Disponível em: <<https://ouvidoria.trt10.jus.br/>>. Acesso em: 29 jan. 2019.

\_\_\_\_\_. **Processo Administrativo 18.0.000010292-6**. 05 nov. 2018. Disponível em: <<https://ouvidoria.trt10.jus.br/>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

POLINSKY, A. Mitchell; RUBINFELD, Daniel. The deterrent effects of settlements and trials. **International Review of Law and Economics**, v. 8, Butterworth Publishers, p. 109-116, 1988.

\_\_\_\_\_. Sanctioning Frivolous Suits: An Economic Analysis. **Georgetown Law Journal**, v. 82, 1993.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. An economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 399-58, 1973.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROBBINS, Lionel. **An essay of the nature and significance of economic science**. Disponível em: <[https://mises-media.s3.amazonaws.com/Essay%20on%20the%20Nature%20and%20Significance%20of%20Economic%20Science\\_2.pdf](https://mises-media.s3.amazonaws.com/Essay%20on%20the%20Nature%20and%20Significance%20of%20Economic%20Science_2.pdf)>. Acesso em: 4 mar. 2019.

ROTHBARD, Murray N. **Toward a Reconstruction of Utility and Welfare Economics**. The Logic of Action One, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 1997, p. 211-254. Disponível em: <<https://mises.org/library/toward-reconstruction-utility-and-welfare-economics-1>>. Acesso em: 9 jan. 2019.

SALAMA, Bruno; CARLOTTI, Danilo; YEUNG, Luciana. **As decisões da Justiça Trabalhista são imprevisíveis?** FGV Working Paper - Série: O Judiciário Destrinchado pelo 'Big Data'. Jun. 2018. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/137/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/137/)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. Quando Litigar **Vale Mais a Pena do que Fazer Acordo**: os grandes litigantes na Justiça Trabalhista. FGV Working Paper - Série: O Judiciário Destrinchado pelo 'Big Data'. 2019. Disponível em: <[https://works.bepress.com/bruno\\_meyerhof\\_salama/143/](https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/143/)>. Acesso em: 15 mar. 2019.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; HAJEL FILHO, Ricardo Antonio B. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SHAVELL, Steven; ROSENBERG, David. A Model in Which Suits are Brought for their Nuisance Value. **Intl Rev of Law and Economics**, v. 5, 1985.

SHAVELL, Steven. The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system. **The Journal of Legal Studies**, v. 11, p. 333-339, 1982.

\_\_\_\_\_. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

\_\_\_\_\_. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **The Journal of Legal Studies**, v. 26, The University of Chicago, jun. 1997

SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments**. Indianapolis: Liberty-Classics, 1790.

SIMON, Herbert A. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, Feb. 1955.

\_\_\_\_\_. **Models of man**. Nova York: Wiley, 1957.

\_\_\_\_\_. Theories of decision-making in economics and behavioral science. **American Economic Review**, v. 49, p. 253-283, 1959.

\_\_\_\_\_. On how to decide what to do. **Bell journal of economics**, v. 9, p. 494-507, 1978.

\_\_\_\_\_. **Reason in human affairs**. Stanford: Stanford University Press, 1983.

SMITH, Adam. **The theory of moral sentiments**. Indianapolis: Liberty-Classics, 1790.

SPIER, Kathryn E. A note on the divergence between the private and the social motive to settle under a negligence rule. **The Journal of Legal Studies**, v. 26, p. 613-622, jun. 1997.

THALER, Richard H.; SUNSTEINS, Cass R. **Nudge**. England: Penguin Books, 2009.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Rational choice and the framing of decisions. **The Journal of Business**, v. 59, n. 4, part 2: The Behavioral Foundations of Economic Theory, p. S251-S278, oct. 1986.

TST - Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução Normativa n. 41** [editada pela Resolução n. 221, de 21 de junho de 2018]. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/138949>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **RR: 3005320115170009**, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 14/10/2015, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/10/2015.

ULLMANN-MARGALIT, Edna. **The emergence of norms**. Oxford: Clarendon Press, 1997.

WEBER, Max. **The Theory of Social and Economic Organization**. Translated by A. M. Henderson and Talcott Parsons. Glencoe, Illinois: The Free Press, 1957. Disponível em: <<https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.276724/page/n1>>. Acesso em: 6 jan. 2019.

WEINSTEIN, N. Unrealistic optimism about future life events. **Journal of personality and social psychology**, American Psychological Association, v. 39, n. 5, p. 806, 1980.